

T 23605



X-53-384401-X

"EL RETRATO CONVENCIONAL"

VIDAL RIVERA SABATÉS

23605



ABREVIATURAS EMPLEADAS:

A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
A.C.	Aranzadi Civil.
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil.
art/s.	artículo/s.
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
cap.	capítulo.
C.C.	Código Civil.
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
cfr.	confróntese.
cit.	citada.
C.N.	Compilación Navarra.
Comp.	Compilación de Derecho Civil especial.
Comp. Cat.	Compilación Catalana.
D.G.R.N.	Dirección General de los Registros y del Notariado.
ed.	edición.
E.J.E.	Enciclopedia Jurídica Española.
esp.	española.
fasc.	fascículo.
J.C.	Colección Legislativa de Jurisprudencia Civil.
L.A.R.	Ley de Arrendamientos Rústicos
L.A.U.	Ley de Arrendamientos Urbanos.
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil.

L.H.	Ley Hipotecaria.
L.U.	Ley de Usura.
nº/núm.	número.
p./p.p.	página/s.
R.A.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
R.D.G.R.N.	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial.
R.D.P.	Revista de Derecho Privado.
R.G.D.	Revista General de Derecho.
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
R.H.	Reglamento Hipotecario.
R.I.T.P.	Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña.
R.J.N.	Revista Jurídica de Navarra.
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile.
S./S.s.	Sentencia/s.
ss.	siguientes.
S.T.C.	Sentencia del Tribunal Constitucional.
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo.
S.T.S.J.	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
t.	tomo.
tít.	título.
trad.	traducción.
T.S.	Tribunal Supremo.

vid.

véase.

v.gr.

verbigracia.

vol.

volumen.

V.V.A.A.

varios autores.

ÍNDICE:

CAPÍTULO I: Cuestiones terminológicas. Denominaciones utilizadas para designar al derecho de retracto convencional, al pacto que lo contiene y al contrato-base:-----	15
1.1. El derecho de retracto convencional.-----	15
1.2. El pacto que lo alberga.-----	39
1.3. El contrato-base.-----	55
 CAPÍTULO II: Configuración del pacto de retracto convencional, continente jurídico del <i>ius redemptionis</i> :-----	61
2.1. Definición propuesta y desglose de sus términos. Notas del derecho de redención procreado.-----	61
2.1.1. Características de la cláusula rescatadora.-----	64
2.1.2. Contratos en los que es aponible.-----	67
2.1.3. Elemento personal. Capacidad de los sujetos intervinientes. -----	81
2.1.4. Elemento real.-----	82
2.1.4.1. Bienes y derechos sobre los que puede proyectarse.-----	82
2.1.4.2. Extensión o amplitud objetiva del derecho retractual.-----	89
2.1.5. Elemento formal.-----	92
2.2. El pacto redentor y la causa del contrato-básico. -----	94
2.3. Su carácter dependiente respecto del contrato-básico. Consecuencias.-----	100

2.4. Razones que motivan el recurso al pacto retractual.	102
2.4.1. La venta con pacto de retracto convencional en función de garantía.	104
2.5. Estipulaciones adicionales compatibles con el pacto de rescate:	124
A) Cláusulas relativas a la índole del derecho transmitido.	125
B) Estipulaciones atinentes a la utilización por el comprador – o causahabientes – del derecho transmitido.	125
C) Cláusulas referentes al carácter patrimonial del derecho retractual.	126
D) Estipulaciones concernientes al término para retraer.	127
E) Cláusulas alusivas al precio y los demás desembolsos.	129
F) Cláusulas dirigidas a operar cuando se haya ejercitado el derecho de rescate.	131
G) Particular mención a la concertación de un contrato de arrendamiento de la cosa vendida a favor del vendedor.	132
2.6. La relación del retracto convencional con los derechos de adquisición preferente: orden de prelación.	138

CAPÍTULO III: Glosa del artículo 1506 C.C.: las causas especialísimas de resolución de la compraventa.	149
---	-----

3.1. Construcción jurídica del retracto legal: la noción de “enajenación forzosa”.	152
3.2. El retracto convencional modelado como condición resolutoria moderadamente potestativa.	160
3.2.1. Los reproches a esa configuración y su réplica.	165
3.2.2. La tesis defensora de un segundo contrato en fermento.	169

3.2.2.1. El retracto convencional se distingue del compromiso de volver a vender.	171
--	-----

3.2.2.2. Retracto convencional <i>versus</i> opción.	174
---	-----

CAPÍTULO IV: La vigencia temporal del derecho de retracto convencional.	181
---	-----

4.1. Análisis del devenir histórico sobre este punto. Estudio de la situación española, doctrinal y jurisprudencial, previa a la promulgación del C. C.	181
--	-----

4.2. El artículo 1508 C.C. El plazo voluntario y el subsidiario legal. El tope máximo imperativo. Estado de la cuestión en Cataluña y Navarra.	191
---	-----

4.3. Carácter del término retractual. La noción de caducidad.	199
--	-----

4.4. Método de computación de dicho término redentor: <i>dies a quo</i> y <i>dies ad quem</i>	204
--	-----

4.5. La prórroga del <i>ius redemptionis</i>	209
---	-----

CAPÍTULO V: El carácter real del derecho de retracto convencional.	215
--	-----

5.1. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales antes y después de la Codificación.	215
--	-----

5.2. Rasgos caracterizadores del derecho real de rescate.	223
--	-----

5.3. Su acceso al Registro de la Propiedad.	227
--	-----

5.4. El ejercicio judicial y extrajudicial del derecho recuperador. La posición de terceros.	230
---	-----

5.5. Configuración del <i>ius redemptionis</i> en el derecho comparado: la posición francesa, italiana y alemana.	233
--	-----

5.6. El rescate de bienes inmuebles. Problemas que plantea. Hipótesis posibles. El juego de los principios hipotecarios. Los artículos 32, 34 y 38 L. H.	
--	--

El rescate de los bienes muebles.	241
-----------------------------------	-----

CAPÍTULO VI: Situación de las partes *pendente condicione*.-----248

6.1. La posición jurídica del comprador.-----248

6.1.1. Análisis de los términos del art. 1511 C.C.-----248

6.1.1.1. La palabra " *sustitución* ". Es una *sucesión inter vivos* a título individual y onerosa.-----248

6.1.1.2. " Todos los derechos y acciones " .-----249

6.1.1.3. No acontece un desdoblamiento dominical.-----255

6.1.1.3.1. Sí se produce esta bifurcación dominical en Cataluña.-----257

6.1.1.4. Precisiones en materia prescriptiva.-----259

6.1.1.5. Existen, por otra parte, dos limitaciones impuestas legalmente al comprador con pacto de retracto convencional respecto a la posición que ocuparía un comprador normal y sencillo.-----267

6.1.1.5.1. Primera limitación = la relativa a la hipoteca de los bienes vendidos a retro (art. 107, 7º L.H.).-----267

6.1.1.5.2. Segunda limitación = la referente al desahucio del arrendatario.-----271

6.1.1.6. La obligación del comprador de no hacer imposible la redención. Su responsabilidad por la pérdida o deterioro del bien vendido.-----274

6.2. La posición jurídica del vendedor.-----276

6.2.1. El carácter *cedible inter vivos y mortis causa* del derecho de rescate.-----280

6.2.2. Alcance y efectos jurídicos que se derivan de la venta, por el titular retractual, de la *res vendita*.-----282

6.2.3. La hipoteca del derecho de retracto convencional.-----285

CAPÍTULO VII: Supuestos especiales en lo tocante al ejercicio del retracto.	291
7.1. Su empuñamiento por los acreedores del vendedor (art. 1512 C.C.)	291
7.1.1. Legitimación activa y pasiva de la acción subrogatoria	292
7.1.2. <i>Ratio legis</i> de la norma.	293
7.1.3. No se refiere el precepto a una hipotética traba del derecho rescatador.	295
7.1.4. Consecuencias jurídicas y económicas de la utilización, por el acreedor, del retracto.	296
7.1.5. La singular prescripción de la ley 581 C.N.	297
7.1.6. La necesaria práctica de la excusión en los bienes del vendedor.	298
7.1.6.1. La aplicación, por reenvío, de las normas alusivas a la fianza: las oportunas adaptaciones.	298
7.1.6.2. Modo de utilización del beneficio y momento de su alegación.	299
7.1.6.3. La dispensa de la excusión: los cuatro números del art. 1831C.C.	301
7.2. Adquisición, por el comprador a retro de una porción indivisa de una finca, de la totalidad de la misma en pública subasta (art. 1513 C.C.).	304
7.2.1. Examen de los requisitos acumulativos de aplicabilidad manejados por el precepto.	305
7.2.1.1. Primer requisito.	305
7.2.1.2. Segundo requisito.	306
7.2.1.2.1. ¿Cuál de los dos criterios de división económica reclama la norma ? Razones que justifican la elección de uno de ellos.	308
7.2.1.2.2. Es indiferente que la venta en subasta pública	

responda o no a la iniciativa del comprador a retro.	310
7.2.1.2.2.1. Distinto estado de la cuestión en el derecho francés.	310
7.2.1.3. Tercer requisito.	312
7.2.2. Carácter dispositivo de la facultad otorgada al retraído por el art. 1513 C.C.: la exigencia de una redención integral. Puntualizaciones en materia de legitimación activa y pasiva.	312
7.2.3. Fundamento de la solución normativa.	313
7.2.4. ¿ Podría imponer el retrayente una redención global ? No, argumentos.	315
7.2.5. La suma que debe abonar el retrayente en caso de redención integral. Los dos criterios propuestos: toma de posición.	317
7.2.6. Las particularidades reflejadas por la legislación italiana. Análisis de los artículos 1522 del Código de 1865 y 1506 del de 1942.	320
7.3. Legitimación activa plural.	324
7.3.1. Venta conjunta de finca indivisa (art. 1514, 1 C.C.).	324
7.3.1.1. Escrutinio de la fórmula normativa.	325
7.3.1.1.1. Se enajena todo el bien, a través de un único contrato, y por un único y total precio.	325
7.3.1.1.2. Surgimiento de un derecho de retracto convencional para cada sujeto enajenante.	327
7.3.1.2. La conexión con el art. 1515 C.C.: los fines perseguidos por el legislador.	329
7.3.1.2.1. La facultad, atribuida al comprador, de constreñir a la redención de toda la cosa.	330
7.3.1.2.2. Ejercitada una primera redención parcial, ¿ podrá el comprador, en lo venidero, rechazar un nuevo rescate parcial ? Defensa de la tesis negativa.	333
7.3.1.3. Carácter dispositivo de la solución legal. Los posibles	

acuerdos de las partes en la materia.	333
7.3.1.4. El vínculo de solidaridad entre los vendedores convierte en ineficaz la facultad recogida en el art. 1515 C.C.	335
7.3.1.4.1. La especialidad contenida en la ley 580, 3 C.N.	335
7.3.1.5. Si, ante la solicitud por el comprador de la redención <i>pro solido</i> de la cosa, no acceden a ello todos los titulares retractuales, cómo se elucida el interrogante.	336
7.3.2. Vendedor único a quien suceden varios herederos (art. 1514, 2 C.C.).	340
7.3.2.1. Alcance de la norma y ámbito de aplicación.	340
7.3.2.2. Disección de las hipótesis imaginables en función de la situación jurídica de la herencia.	341
7.3.3. Venta separada de finca indivisa (art. 1516, 1 C.C.).	342
7.3.3.1. Glosa de su supuesto de hecho.	342
7.3.3.2. Requisito esencial: varias enajenaciones parciales e independientes de diferentes cuotas de un bien.	343
7.3.3.3. Precisiones acerca de la eventual unidad documental.	346
7.3.3.4. La coexistencia del <i>ius redemptionis</i> con un retracto legal de comuneros.	346
7.3.3.5. La compatibilidad del art. 1516 con la hipótesis descrita en el art. 1513 C.C.	347
7.3.3.6. Justificación de la prescripción legal, que le impide al comprador a retro oponerse al rescate <i>pro cuota</i> . Sentido en que debe entenderse el sintagma " retracto parcial ".	348
7.3.3.7. Inadmisión <i>a priori</i> del retracto por uno de los vendedores de toda la cosa. Excepciones.	349
7.4. Legitimación pasiva plural (art. 1517 C.C.).	350

7.4.1. Órbita de actuación del artículo.	350
7.4.1.1. Los términos más generales empleados por su concordante navarro.	351
7.4.2. La referencia a la "cosa vendida".	352
7.4.3. Contra quiénes y en qué modo se ha de ejercitar el rescate.	352
7.4.3.1. La etapa preparticional.	353
7.4.3.2. La etapa postparticional.	354
7.4.3.2.1. El bien se adjudica en proindivisión a dos o más herederos.	354
7.4.3.2.2. La atribución del bien a uno sólo de los herederos.	361

CAPÍTULO VIII: Presupuestos del retracto.	364
8.1. Ideas generales.	364
8.2. La previa declaración: caracteres.	365
8.3. Desembolsos y cargas que incumben al retrayente.	366
8.3.1. La satisfacción del precio.	369
8.3.1.1. Adopción de la tesis nominalista.	369
8.3.1.2. La norma establece un <i>minus</i> de carácter imperativo.	371
8.3.1.2.1. Los preceptos forales en la materia.	371
8.3.1.3. La posibilidad de que la cantidad estipulada para redimir supere al precio del contrato-básico.	372
8.3.1.3.1. Referencia al derecho comparado.	373
8.3.1.4. La certeza del precio.	374
8.3.1.5. La idoneidad o no de ciertos medios de pago.	375

8.3.1.6. La aplicación de la letra del art. 1518,1 en el supuesto relatado por el 1513 C.C., y en los casos de reventa de la res por el comprador a retro.	376
8.3.1.7. Reintegro del precio verdadero.	377
8.3.1.8. Los acuerdos <i>inter partes</i> en materia de pago.	377
8.3.1.9. El interés y las cláusulas de estabilización.	378
8.3.2. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.	380
8.3.2.1. Precisiones procesales.	382
8.3.2.2. Entendimiento jurisprudencial del alcance de estas partidas.	383
8.3.3. Los gastos necesarios y útiles.	384
8.3.3.1. Los necesarios: ordinarios y extraordinarios.	384
8.3.3.2. Gastos útiles.	386
8.3.3.3. La interpretación sistemática del art. 1518, 2º C.C.	393
8.3.3.4. Momento del abono de esos capítulos.	394
8.3.4. La eventual indemnización por el rescate.	394
8.3.5. Los gastos voluptuarios.	394
8.3.6. Obligación del retraído de entregar la cosa.	395
8.3.7. El <i>periculum</i> y el <i>commodum</i> .	396
8.3.8. La figura del <i>ius retentionis</i> .	398
CAPÍTULO IX: Efectos del ejercicio del rescate.	399
9.1. Su incidencia en materia de frutos de la cosa retraída (art. 1519 C.C.).	399
9.1.1. Los correspondientes a la fase de pendencia.	399

9.1.2. Frutos pendientes al tiempo de la redención.	405
9.1.2.1. La hipótesis de la existencia, también, de frutos manifiestos o nacidos al suscribirse el contrato-básico.	405
9.1.2.2. El supuesto de la inexistencia de frutos al celebrarse el contrato-básico	407
9.1.2.2.1. <i>Ratio</i> de la norma.	409
9.1.3. Frutos no pendientes en el instante del rescate.	410
9.2. La repercusión en los gravámenes y arrendamientos concertados sobre la cosa.	412
9.2.1. Encaje del artículo 1520 C.C. en la noción de condición resolutoria simplemente potestativa.	412
9.2.2. Cargas e hipotecas.	414
9.2.3. La pervivencia de ciertos arrendamientos.	418
9.2.3.1. Soporte de la subsistencia de esos arriendos.	419
9.2.3.2. Esfera de actuación del precepto. Referencia a la L.A.U. y la L.A.R.	421
9.2.3.3. La buena fe y la adecuación a la costumbre local.	424
9.3. Cristalización registral del empleo del derecho redentor.	426
.-Conclusiones.	430
.- Lista de Sentencias y Resoluciones recogidas.	437
.-Bibliografía.	447

CAPÍTULO I:

CUESTIONES TERMINOLÓGICAS. DENOMINACIONES UTILIZADAS PARA DESIGNAR AL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL, AL PACTO QUE LO CONTIENE Y AL CONTRATO - BASE:

1.1. El derecho de retracto convencional:

De los tres elementos que conforman la compraventa con pacto de retracto convencional - el contrato-base, el pacto de naturaleza negocial que lo acompaña y el derecho de reincorporación que nace a resultas del anterior en favor del vendedor - lo que individualiza a la institución globalmente estimada de figuras más o menos próximas es, en concreto, esa facultad recuperadora - elevada a derecho por decisión legislativa - que le permite al titular hacer retomar a su esfera de acción el dominio transmitido al comprador al tiempo de la consumación de la compraventa.

Por ello, conviene iniciar el estudio terminológico del organismo tripartito con el análisis de tan singular derecho, a fin de cotejar si el significado que exteriorizan sus términos (*ius redemptionis*) coincide con su recto sentido jurídico, así como el parecer sobre la cuestión delineado por los autores y la jurisprudencia.

El Código Civil revitalizó una denominación - retracto convencional - que ya había aparecido tal cual en el artículo 1436 del Proyecto de 1851¹, calificativo que, en nuestra patria, acaso fue Sala² el primero en emplear, y

¹ Figuraba ya tal expresión en la rúbrica de la sección primera del capítulo VI, título VII, libro III del Proyecto de 1851. El artículo 1436 del mismo texto reza así: "Tiene lugar el retracto convencional, cuando el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1447 y lo demás que se hubiere pactado." = en García Goyena, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, tomo III, Editorial Base, Barcelona, 1973, p. p. 414 y 415.

Igualmente, en el encabezamiento de la sección primera del capítulo VI, Título IV del Anteproyecto de Libro IV del Código Civil (1885-1888), o en el artículo 1534 del mismo: "Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, ..." = en Lasso Gaité, J. F.: *Crónica de la Codificación Española*, 4, *Codificación Civil*, volumen II, Madrid, 1970, p. 702.

² Sala, J.: *Ilustración del Derecho real de España*, tomo I, tercera edición, Madrid, 1832, p. 287, quien utiliza la locución: "retracto convencional".

Emplean también la misma expresión, entre otros, los siguientes autores: De Otto y Crespo, N.: *Del Retracto Convencional. ¿Cuánto tiempo dura el derecho a redimir lo enajenado bajo pacto de retrovención?*, en R. G. L. J., tomo XXI (2), Madrid, 1862, p. p. 240 a 245, en el propio encabezamiento del artículo; Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo segundo, 10ª edición, Madrid, 1872, p.

que hizo fortuna en la segunda mitad del siglo pasado.

Esa expresión bimembre da perfecta cuenta, con su sola lectura, de lo que nuestro poder de recuperación, regulado en los artículos 1507 al 1520 del texto vigente, representa: un derecho que tiene su origen en la voluntad de los contratantes y en el beneplácito de la ley, que reglamenta sus efectos especiales.

Siguiendo un orden lógico, no hay sino empezar el examen, como apuntara con perspicuidad Riaza³, por la primera palabra de la expresión - el sustantivo retracto - y, de acuerdo, con las directrices de la semántica, precisar lo que el vocablo significa. Según los dictados de la morfología, el término retracto, proveniente de la forma retractar, se descompone en el prefijo “-re”, y en el nombre “-tracto”. Tracto y traer⁴, a su vez, derivan del latín *trahere*, que significa mover una cosa hacia la persona que habla. El elemento compositivo “re”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua⁵, denota de ordinario repetición o reiteración. Por lo tanto, la simbiosis de los sentidos de ambos componentes evidencia el significado del término retracto: el acto de traer de nuevo a nuestra esfera un bien que en nosotros ha estado ya⁶. No puede, en consecuencia, sostenerse con propiedad de lenguaje que a quien por primera vez trae, aquel que no ha traído previamente, el que actúa sobre la cosa sin haber nunca antes obrado sobre ella, le sea dable retraer.

La fijación de este sentido o acepción gramatical, vulgar o atécnica, la primera que percibe el observador al margen de cualquier conocimiento jurídico, nos sirve desde ahora, tan pronto, para desechar, desde la ortodoxia

305; Ondovilla y Durán, A.: *Naturaleza del retracto convencional. La acción que en su virtud compete al vendedor. ¿ es real o personal ?*, en R. G. L. J., tomo XLVIII, Madrid, 1876, p. p. 263 a 288, desde la rúbrica; Domingo de Morató, R. D.: *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano*, tomo 2º, 2ª edición, Valladolid, 1877, p. 425; Falcón, M.: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral*, tomo II, 2ª edición, Salamanca, 1882, p. 249, etc...

³ *Los retratos : errores dominantes en la materia*, Madrid, 1919, p. p. 81 y 82.

⁴ Voz “traer”, primera acepción: “(Del lat. *trahere*) tr. conducir o trasladar una cosa al lugar en donde se habla o de que se habla.” = *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 21ª edición, Madrid, 1992, p. 1421.

⁵ Voz “re”: “(Del lat. *re*) Elemento compositivo que denota reintegración o repetición, como en recaer, reelegir; aumento, como en recargar; oposición o resistencia, como en repugnar, rechazar; movimiento hacia atrás, como en refluir; ...” = *Diccionario ...*, cit., p. 1228.

⁶ Voz “retracto”: “(Del lat. *Retractus*) m. der. derecho que compete a ciertas personas para quedarse, por el tanto de su precio, con la cosa vendida a otro. // convencional. der. el pactado en la compraventa a favor del vendedor para recuperar la cosa vendida.” = *Diccionario ...*, cit., p. 1269.

terminológica, la aplicación de la palabra retracto a todos menos uno de los reiteradamente denominados retractos legales, cual es el gentilicio. Salvo en éste, en los demás el sedicente retrayente no readquiere; antes bien, adquiere por primera vez.

Así, por ejemplo, el colindante no ha tenido por qué ser dueño con anterioridad de la cosa retraída. Cuando la finca rústica limítrofe a la suya se venda o se dé en pago, le cabrá servirse de un especial y privilegiado derecho subjetivo y devenir *dominus* de la misma cumpliendo los capítulos legalmente señalados al efecto. No es necesario, en modo alguno, que existiera antaño una primera tracción del bien en favor del ahora retrayente legal: el colindante que pretende en uso de su derecho adquirir la finca pudo en el pasado ostentar la propiedad de ella, pero no resulta tal extremo imprescindible, ni siquiera normal. No interesa la previa cadena de transmisiones de la cosa, la cual en su día tal vez hiciera *dominus* al ahora simplemente vecino, tan sólo la enajenación actual que permite al titular del derecho de retracto incorporar a su activo el bien. El retrayente legal disfruta de un derecho de corte patrimonial, verdadero derecho, pero que participa de un carácter secundario en alguna situación jurídica (en el ejemplo, el estado de contigüidad). Es semejante situación jurídica la que posibilita el acceso a la propiedad de la cosa, lo que facilita su adquisición, por lo que la doctrina y la jurisprudencia encuadran a tales retractos legales en la categoría de los derechos reales de adquisición preferente⁷.

Como se ha reseñado, únicamente uno de los referidos retractos legales, ausente del Código Civil y con cierto predicamento en los derechos forales, el gentilicio, familiar, de abolengo o de sangre, sí se compadece bien con el significado común, ordinario o acientífico del término retracto. En efecto, como el bien recuperable perteneció al abolengo o patrimonio familiar, el factible retorno del mismo a su lugar de procedencia, a la estirpe, exterioriza una perfecta y cabal retroacción; por lo mismo, se han consagrado para designar a ese derecho, con innegable acierto, expresiones tales como derecho de saca o

⁷ Tal categoría ha sido reconocida, incluso, por el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia 54/1994, de 24 de febrero.

de tornería⁸ : el bien enajenado o sacado del ámbito familiar se reincorpora o retorna de nuevo al linaje.

La cosa corresponde al abolengo, y la *ratio legis* de la figura persigue, en el supuesto de que se venda o dé en pago a un extraño, que la misma permanezca en aquél - siempre que la estancia del bien en el patrimonio de la familia goce de una antigüedad razonable: verbigracia, según el artículo 149, 1 de la Compilación Aragonesa, durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente -, y, antes de que la cosa salga o se desconecte a título definitivo de la estirpe, se faculta a determinados parientes para que dentro de cierto tiempo - continuando con el precepto aragonés, corresponde a los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes - consigan hacer regresar el bien al acervo del linaje, reintegro que constituye una segunda tracción, posterior en el tiempo a aquella lejana que le condujo en su momento a tal patrimonio.

Tras ese sentido elemental y metajurídico del vocablo retracto, interesa ahondar más en la cuestión y delimitar su precisa significación técnica. Tomando prestadas las esplendentes palabras de Riaza, no hay sino afirmar que: “ para esta rama de la Ciencia (el Derecho), retracto o retraer no puede ser más que el acto jurídico por virtud del cual volvemos a nuestro patrimonio un bien material⁹ que de aquél salió; o, en otros términos, la facultad (derecho) legal o convencional de recuperar una cosa de la que nos hemos desprendido¹⁰ ”.

Conforme a esa conceptualización, debemos, pues, de cara a precisar tal sentido jurídico, atenernos sólo a la segunda tracción ; la tracción primera, por la cual ingresó el bien en nuestro patrimonio merced a uno de los variados modos de adquirir la propiedad de las cosas reconocidos por las leyes, carece ahora de cualquier relevancia.

⁸ Vid., los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón, relativos al “derecho de abolorio o de la saca”; las leyes 452 a 459 de la Compilación Navarra, referentes al “retracto gentilicio”; la ley 3/1992, de 1 de julio, del derecho civil foral del País Vasco, dentro del libro I (Fuero Civil de Vizcaya), título V, artículos 112 a 127, atinentes a “ la casa foral y demás derechos de adquisición preferente ”; o el artículo 329 de la Compilación Catalana, atañedor a la “ tornería ” aranesa.

⁹ Debe corregirse esta afirmación, porque nada impide la aposición del pacto del retracto convencional en la venta de un bien inmaterial. Vid., la ley 460, 3 C. N.

¹⁰ Riaza, N. : *Los retractos ...*, cit., p. 84.

Dicha noción científica o de cariz técnico constituye, en líneas generales, el sentido jurídico teórico y abstracto de la figura. Partiendo de semejante acepción genérica, los diferentes legisladores nacionales, en una labor electiva, tras una valoración de los intereses merecedores de protección en cada época histórica y territorio, efectúan la traslación de ese concepto jurídico abstracto al plano legislado y positivo. Al acometer tamaño trabajo de concreción, deciden si conviene o es necesario reconocer el derecho de retraer a todos aquellos que se hayan desprendido de sus cosas, o únicamente a aquellos que se hayan reservado esta facultad en el contrato (caso, por ejemplo, de los Códigos italiano, francés o español). Además, fijan el plazo dentro del que, como máximo, podrá ejercitarse el rescate, señalan los requisitos que habrán de mediar para que la recuperación se verifique, precisan las cantidades que el retrayente habrá de desembolsar para redimir, etc...

Para que quepa hablar, en rigor, de retracto en sentido propiamente técnico, es menester que la relación jurídica creada por el contrato-base y cuyo desdoblamiento dicho derecho origina - dominio perfecto en el comprador, mas calificado por un tiempo, legal o convencionalmente señalado, con la nota de perentoriedad o provisionalidad, y un derecho de recuperación con eficacia real en manos del vendedor - comporte entre los contratantes una situación transitoria, no definitiva y acabada. Ese estado de interinidad supone un requisito basamental en el retracto, pues por existir un estado tal es por lo que quien rescata incorpora el bien retraído con el carácter de retorno inmediato al desapoderamiento. La retracción ha de ser automática y sin solución de continuidad respecto al instante en que el enajenante transmitió el dominio al adquirente. El titular del derecho de recuperación conserva, a pesar del traspaso de la propiedad a la contraparte, un imperceptible contacto con la cosa o, tal y como puntualiza Rianza¹¹ : “ (la voluntad del futuro retrayente) actúa en cierto modo sobre ella ”.

En suma, el potencial rescatador disfruta de un derecho especialísimo en relación con la cosa que no representa un derecho real al uso, toda vez que no

¹¹ *Los retractos ...*, cit., p. 86.

afecta al aprovechamiento o goce del bien, no sirve de garantía, ni permite una eventual adquisición preferente; su nacimiento no restringe la posibilidad de que el comprador, desde que adquiere la propiedad de la cosa a raíz de la *traditio* consumadora del contrato-base, pueda acometer respecto a la misma actos de enajenación o disposición; simplemente representa tal derecho de rescate una rémora jurídica que acompaña al bien *ubicumque sit*, y que permite, llegado el caso, provocar la inoperancia de tales actos - salvo los arrendamientos concertados de buena fe a la luz de la costumbre local -. El retrayente no se considera extraño en lo tocante a la cosa, no se ha desprendido sin más y por completo - a título definitivo - de lo que enajenó : ha transferido su dominio, pero no lo ha hecho *ad aeternam*, sino reteniendo o reservándose un *ius redemptionis*, al objeto de poder promover, si así lo deseara, el retorno del derecho transmitido a su esfera jurídica. Como con feliz imagen expone Puig Peña¹² : “ la abrazadera que supone el vínculo se cerró, dejando, sin embargo, el dispositivo propio para volver a abrirse ”.

El poder de voluntad del venidero retrayente, mientras no decaiga su derecho, proyecta su influencia sobre la cosa, influjo que la acompaña a través de los avatares jurídicos que experimente, dotando a tal sujeto de una acción real para redimirla de manos del comprador o, en su caso, del propietario actual de la misma. El vendedor se ha desprendido del bien, pero se ha cuidado de guardarse, al tiempo de la venta, un derecho que al dominio pleno y perfecto, pero no ilimitado ni absoluto - como no lo es en la actualidad ninguna propiedad¹³ - del comprador lo sujeta a una necesaria confirmación o reválida, que se producirá cuando el término retractual decaiga por caducidad, o se renuncie a la utilización del derecho rescatador, o se ejercite torpemente incumpliendo las cargas inherentes a su empleo.

Por lo tanto, de sobrevenir una adquisición que no trae causa de la enajenación básica, podrá sostenerse que se (re)adquiere si existió con anterioridad una primera tracción en favor del presente adquirente, mas no se readquiere por cuanto se refiere a la figura en estudio. Aunque la cosa estuvo en poder de la misma persona en otra ocasión, y de nuevo vuelve a ella, no

¹² *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo IV, volumen II, 2ª edición, Madrid, 1973, p. 157.

¹³ *Vid.* el art. 33, 2 C. E.

constituye jurídicamente retracto si hubo un intervalo temporal durante el cual no obró su voluntad sobre aquélla : se tajó en cierto momento la conexión con el bien, de modo que si se realiza una nueva adquisición no es retracción desde el punto de vista técnico, como no lo sería tampoco si, en vez de comprarla de nuevo, le hubiese sido dejada en testamento o donada por el que fue su comprador.

¿ Y qué decir, a continuación, del derecho surgido del denominado pacto de preferencia, al que se refiere el art. 1368 del Código Civil argentino¹⁴ ?

Dicho derecho cabe articularlo, en primer lugar, en forma de tanteo, de manera que, ante el deseo del comprador de enajenar la cosa, resulte preferido el vendedor a cualquier otra persona para adquirirlo por "el tanto". A pesar del silencio de nuestro Código Civil, en cuyos preceptos no aparece ninguno que lo reglamente, no surge la menor duda de que, debido a la esencial libertad de pactos que su letra consagra, se admite la posibilidad de que se realice una venta a condición de que si el comprador trata de revender el bien, deba serle ofrecido al vendedor, a fin de que éste pueda recuperarlo con preeminencia o derecho preferente.

Es asimismo concebible que el derecho referido pueda operar también - siempre que el vendedor, por cualquier razón ajena a su voluntad se vea imposibilitado a ejercitarlo antes de la adquisición del bien por el tercero - luego de la consumación contractual, transformándose entonces en un tanteo postadquisitivo. Concurren, pues, un tanteo preadquisitivo, que constituye la situación normal y deseable y, cumulativamente, para el supuesto de que el anterior no llegue a surtir efecto, una segunda oportunidad en manos del primitivo vendedor: su réplica postadquisitiva.

Por último, se muestra de recibo construir el derecho originado por el pacto de preferencia - de modo directo - como un presunto retracto: elección artificiosa aun cuando imaginable, toda vez que iría contra la seguridad del tráfico. Perseguiría idéntico objetivo que el tanteo, cual es el retorno del bien al

¹⁴ " *Pacto de preferencia*, es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla ". Y perfila el régimen de " la venta con pacto de preferencia ", en los arts. 1392 a 1396, ambos inclusive.

vendedor, mas permitiría la consumación del contrato con el tercero, por lo que cabe preguntarse para qué deshacer un contrato si está al alcance, sencillamente, vetar con carácter previo su celebración a través del antedicho tanteo.

Esta figura, a la que Badenes no duda en calificar de retracto de preferencia¹⁵, no debe ser confundida con el retracto convencional tipificado en el Código Civil.

El vendedor, en aquel tanteo y/o retracto, se reserva una facultad en el contrato en que dispuso de su bien; empero, sin perjuicio de la misma, y a diferencia de lo que ocurre en el retracto convencional, transmitió un dominio, amén de pleno, irrevocable, perdiendo por ende todo contacto tanto material cuanto jurídico – siquiera fuera mediato – sobre la cosa, objeto de su anterior propiedad. La posibilidad de utilizar el peculiar derecho establecido, que determina una situación de privilegio para el transferente, un *ius prelationis*, se abandona a la total iniciativa del comprador: será ejercitable si y sólo si éste decide desprenderse de lo adquirido, momento en el que deberá comunicar tal decisión al sujeto al que la preferencia asiste. Ha de notificarle su propósito de transferir el bien y los términos en que se efectuará el desprendimiento, actos de conocimiento y que permiten al titular del derecho preferente saber el modo y la forma en que la cosa va a ser o es nuevamente vendida. Si el comprador no se resuelve a enajenar, no pone en funcionamiento el período de ejercicio de ese *ius prelationis*, hasta entonces aletargado. En ese concreto momento – tras la perfección del contrato con el tercero o después de la consumación del mismo, según se trate de un tanteo o de un retracto -, el derecho convenido se despereza jurídicamente y deviene operante.

En el retracto convencional, en cambio, la iniciativa se le encomienda al vendedor, pues el ejercicio del derecho de rescate comporta un acto jurídico dependiente de su entera y privativa voluntad.

Este derecho de recobración, por otro lado, nace a la par que se perfecciona el contrato-base – por lo general una compraventa -, y su período de ejercicio arranca con la transmisión de la cosa al comprador – título y

¹⁵ *La preferencia adquisitiva en el Derecho Español (tanteo, retracto, opción)*, Barcelona, 1958, p. 5.

modo -. A partir de ese instante, y hasta la expiración por caducidad del término, le es dable al vendedor, salvo la hipótesis de una renuncia anticipada al derecho rescatador, recuperar el transferido dominio sobre la cosa cumpliendo debidamente los requerimientos residenciados en el artículo 1518 C.C. Por el contrario, el derecho de preferencia no se sabe si llegará o no a ser ejercitable, en atención a que se desconoce el proceder futuro del primigenio comprador.

Además, interesa reparar en la mayor o menor duración del respectivo derecho: el de reintegración nacido del pacto de retracto convencional cabe utilizarlo a partir de la consumación del contrato-básico (*dies a quo*), durante todos y cada uno de los días (tiempo continuo) del término legal o convencional. En sentido diverso, el derecho de preferencia, corporeizado por lo general en un tanteo, ha de ejercitarse durante un período de tiempo notablemente restringido: el que media entre la perfección y la consumación del contrato con el tercero.

Asimismo, concurre una postrera semejanza entre ambas figuras: en el retracto convencional, su titular, al efectuar el rescate, readquiere tanto vulgar cuanto jurídicamente, como se explicitó. En sede del derecho de preferencia, por su parte, nada impide admitir, en el momento de su empleo, la presencia de una readquisición como sinónima de una segunda adquisición, ya que el vendedor que en el pasado adquirió (antes de transmitir su dominio al comprador), hogaño, merced a semejante utilización, puede volver a adquirir. Pero tal segunda adquisición no implica, en ningún caso, readquisición desde la óptica técnica, dado que cuando se consumó el contrato de compraventa en el que aquél obraba como vendedor, transvasó al comprador – en el presente, vendedor – una propiedad definitiva, sin nota alguna de transitoriedad. De tal manera que aquél perdió voluntariamente, al no reservarse el derecho de retracto convencional, cualquier posible contacto con el bien transferido, y si recupera no lo hace en virtud del mismo título por el que transmitió la cosa, sino a través de un contrato nuevo, distinto y absolutamente independiente o desligado de la primera compraventa.

Tras la delimitación de los sentidos vulgar y jurídico que encierra en su

seno el término “retracto”, tarea que, de modo irrefragable, impele a calificar a nuestro derecho de rescate como el retracto por antonomasia y el único digno de recibir tal nombre - retracto de retractos, según el ponderativo hebraico -, se accede al segundo elemento de la locución: el adjetivo “convencional”¹⁶. Con tal palabra quiérese reflejar que la inserción en el contrato-matriz del pacto que lo alberga no deriva de las prescripciones legales, sino de un aunamiento libre de voluntades.

Procede interrogarse, acto seguido, acerca de la posibilidad de crear un “retracto” contrafigura o réplica del legal, pero que fuera engendrado negocialmente, gracias a la decisión concorde de las partes. A diferencia del originado por el pacto de rescate, cláusula accesoria incapaz de existir sin el simultáneo soporte del contrato-base, el convenio originador de este pretendido “retracto”, surgido también de la iniciativa privada, no precisa con indispensabilidad adherirse a ningún contrato, y puede acordarse con carácter independiente de cualquiera de ellos. Al constituirse tal retracto, se reconoce en beneficio de su titular – una persona distinta del dueño y potencial transmitente de la cosa, un sujeto ajeno al hipotético futuro contrato que el propietario de la misma celebre – un derecho para adquirirla con primacía al resto de personas, ante la contingencia de que el actual *dominus* de la misma disponga su enajenación.

En principio, desde la óptica jurídica, habida cuenta de la libertad de pactos consagrada en el artículo 1255 del Código, y en vista de que su nacimiento en nada afecta a la ley, moral u orden público, nada desaprueba que se instaure a favor de un sujeto un derecho, análogo al que se concede al titular de un retracto legal, para adquirir la cosa una vez transmitida a un tercero, en idénticas condiciones a las que hubieren presidido tal transferencia; y nada impide tampoco, a la luz del *numerus apertus* de nuestro sistema de derechos reales, la posibilidad de configurarlo con esa naturaleza. Entonces, tendríamos un contrahaz, un *alter ego* voluntario o negocial del retracto legal, similar estructuralmente al mismo, mas diferenciado sólo en virtud del origen:

¹⁶ Explica el sentido del adjetivo convencional el considerando segundo de la S.T.S. de 18 de enero de 1900: “... el artículo 1507 del Código, que si reconoce el derecho de retracto convencional, es sólo con arreglo a la convención de las partes, ...”.

nos hallaríamos, por consiguiente, en presencia de un derecho real de adquisición voluntario.

Expuesto lo anterior, despunta una nueva y desazonadora duda terminológica: ¿cuál es la denominación que más conviene, por su exactitud, a semejante derecho?

A pesar de las previas reflexiones acerca de lo incorrecto de la denominación retracto para calificar a la modalidad surgida *ex lege* – pues el tildado de tal no casaba científicamente con el sentido del sustantivo retracto –, la letra del Código, el uso forense y la opinión doctrinal han admitido y consagrado con fuerza el empleo de la locución “retracto legal”, lo cual aconseja postular su mantenimiento. Por ello, y a impulsos del mismo espíritu conciliador, también ahora se ha de defender la admisión, para su réplica voluntaria, del término retracto.

Inmediatamente después, se suscita otro interrogante, traducido en la ardua búsqueda de un apelido apropiado para ese particular retracto. Como quiera que se selecciona el apelativo “convencional” para el derecho tipificado en los artículos 1507 a 1520 de nuestro Código Civil, sería conveniente utilizar el adjetivo “voluntario” para la variante en análisis; ahora bien, el recurso a tal término no constituye otra cosa que una elección – si bien harto clarificadora – puramente subjetiva, pues el retracto convencional es asimismo voluntario¹⁷ o potestativo, en razón de que nace del consenso de las partes, de un pacto de naturaleza negocial. En todo caso, la más atenta doctrina científica¹⁸ empieza a pronunciarse con decisión a favor de la reserva, para la contrafigura del legal, del patronímico “voluntario”.

A título sintético, interesa clasificar las situaciones imaginables en dos grupos:

1.- El verdadero y genuino retracto, el convencional.

¹⁷ Lo llama, precisamente, “retracto voluntario” Durán Rivacoba, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, 1998, p. 182.

¹⁸ Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, tomo III, volumen segundo, octava edición, Madrid, 1994, p. 385; González Paca nowska, I.: *Retracto de origen voluntario*, en Homenaje al Profesor Juan Roca Juan, Murcia, 1989, p. 322; O’Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, volumen 2º, Madrid, 1989, p. 67; Feliu Rey, M. I.: *El tanteo convencional*, 1ª edición, Madrid, 1997, p. 136. También lo califica este último autor como “retracto negocial” en las p. 19, 34 y 147.

2.- Los pseudorretractos, vicerretractos, sedicentes retractos o retractos por condescendencia, a los que conviene seguir llamando con la generalmente admitida denominación retracto, al objeto de evitar controversias innecesarias. A su vez, divididos en:

a) El legal, de creación atribuida a la entera decisión positiva del legislador.

b) El "voluntario" o, con una denominación también propuesta – aunque con escasa difusión – "retracto voluntario propiamente dicho"¹⁹, un calco del legal generado por la voluntad privada.

Salvo los autores citados, que aplican a esta variante el calificativo "voluntario", el resto de la doctrina no sigue una pauta fija y uniforme en el empleo de los diferentes apelativos. Por ejemplo, Arechederra Aranzadi²⁰, que para mentar el descrito y atípico "retracto voluntario", no duda en acudir a la desconcertante fórmula de "retracto convencional propiamente dicho", desorientadora en extremo porque ni implica un auténtico retracto, ni el vocablo convencional es el más adecuado, ya que tal "retracto voluntario" puede surgir, por ejemplo, por la voluntad unilateral del testador, que lo establezca en beneficio recíproco de los distintos herederos.

En parecidos términos, Camy Sánchez-Cañete²¹ lo moteja, para complicar aún más si cabe la cuestión, de "retracto convencional", y Álvarez-Caperochipi²² lo considera un "retracto convencional similar a los legales".

Por su parte, García Amigo²³ prefiere hablar de "retracto negocial - contractual o testamentario -". Para él, el empleo de tal adjetivo no entraña problema alguno, pues en la página siguiente del mismo trabajo²⁴ caracteriza al "retracto convencional" como un derecho de opción de igual índole. Entonces, sobre la base de tan opinable y controvertida afirmación²⁵,

¹⁹ Gardazábal del Río, F. J.: voz "retracto convencional", en *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, 1991, p. 888.

²⁰ *Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal*, en R. D. P., Madrid, 1980-I, p. 125.

²¹ *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, volumen I, 3ª edición, Pamplona, 1982, p. 159.

²² Álvarez-Caperochipi, J. A.: *Curso de Derechos Reales*, tomo II, 1ª edición, Madrid, 1987, p. 98.

²³ *Derechos Reales de Adquisición (Notas para una teoría general)*, en R. D. P., tomo LX, Madrid, 1976, p. 105.

²⁴ *Ídem*, p. 106.

²⁵ *Vid. infra* el epígrafe 3.2.

ya no se aprecia posibilidad de confusión: sólo queda un retracto negocial, el “ voluntario ”, y las ulteriores precisiones devienen inanes. En efecto, de acuerdo con su razonamiento, no procede acuñar la expresión “ retracto voluntario ” a fin de distinguirlo terminológicamente del convencional si éste no encarna un retracto.

Otra muestra de la discordancia de criterios reinante en este punto nos la proporciona García Cantero²⁶, quien cataloga al retracto convencional como “ un subtipo de opción voluntaria pero tipificado en el Código Civil ”, y lo inserta en la categoría de los derechos de adquisición voluntarios, cuando, en realidad, más que ello, supone un derecho de readquisición con eficacia real.

Resucitando una locución utilizada años antes por Oyuelos²⁷ como sinónima de retracto convencional, Del Moral y de Luna²⁸ propone para la figura en estudio (el “ retracto voluntario ”) la calificación de “ retracto paccionado ”. Según este autor: “al decir paccionado no queremos aludir al clásico retracto convencional desprendido del pacto de retro, sino al que puede derivarse del convenio (o mandato unilateral del testador, p. ej.) de transmitir al titular antes o preferentemente que a un tercero concertado²⁹”. Surge, ciertamente, en ocasiones – mas sólo en ocasiones – del pacto – en otras proviene, como él mismo reconoce, de una voluntad unilateral -, pero conviene unificar las denominaciones, y no multiplicar las variantes terminológicas a partir de una cuantiosa lista de sinónimos: por qué no, en vez de ese adjetivo, y siguiendo su planteamiento, llamarlo retracto acordado, retracto convenido, retracto pactado, etc...

Por otro lado, al derecho de “retracto paccionado” lo configura como un derecho subjetivo de adquirir con preferencia únicamente frente a determinado tercero concertado, cuando es bien sabido que el retracto voluntario, trasunto de origen facultativo del legal, no sufre en esencia semejante restricción personal. Puede – sólo puede – establecerse así, pues las partes o, en su

²⁶ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XIX, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 542.

²⁷ *Digesto. Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código Civil Español concordados con los Códigos americanos y portugués*, tomo VI, Madrid, 1930, p. 276.

²⁸ *Los Derechos de Adquisición y el problema de su rango*, en A. A. M. N., tomo VIII, Madrid, 1954, p. 332.

²⁹ *Idem*, p. 332, nota 1.

caso, la decisión individual del testador, son libres de determinar su régimen como tengan por conveniente: que resulte ejercitable el derecho no más que contra determinado adquirente o adquirentes o, el supuesto habitual – y en esto se aproxima al legal –, conforme al cual al beneficiado le quepa utilizar ese retracto voluntario frente a cualquier tercero, sin mayores especificaciones; retracto voluntario, cuya creación es posible, según lo dispuesto en la ley 460, 2 de la Compilación Navarra, “por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o lucrativo, bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad”.

Corresponde, a resultas de lo reseñado, definir el retracto voluntario de la siguiente forma: “el derecho atípico, por lo general real³⁰, que confiere – gratuita u onerosamente – poder a su titular para adquirir una cosa, si y sólo si su *dominus* se decide a enajenarla, y una vez que así lo haya hecho, en las mismas condiciones en que se operara la citada enajenación”.

El retracto voluntario constituye para el derecho civil común una modalidad atípica, pero se halla regulado en las leyes 460 y 462 de la Compilación Navarra. Son normas de índole dispositiva, aplicables en ausencia de estipulación en contrario de los intervinientes – en ocasiones una voluntad individual – en la creación del derecho.

En aquellos extremos en que las partes hayan guardado silencio, no debe consentirse la aplicación de los preceptos previstos por ley para el retracto convencional, entidad sustancialmente disímil. Habrá entonces que recurrir, en su caso, al objeto de cubrir las posibles lagunas de regulación, al ámbito de los retracts legales y a las normas que en relación con los mismos dicta el C. C., y la L. E. C. en los artículos 1618 y siguientes.

En el terreno práctico, se plantean ciertas incógnitas: ¿cabría serle de aplicación al retracto voluntario el límite máximo de duración establecido, de modo cogente, en el artículo 1508 del Código? No, puesto que los motivos justificadores de ello para el derecho de retracto convencional no se observan

³⁰ Puntualiza la ley 460, 1 de la Compilación Navarra que: “los derechos de opción, tanteo y retracto voluntarios, tendrán carácter real cuando así se establezca; ...”

en el voluntario. En éste, la decisión que vuelve operante al derecho – abandonando su estado de hibernación – le corresponde al propietario actual del bien. En el derecho de rescate convencional, por el contrario, la iniciativa recuperadora se le encomienda al vendedor, y el comprador ocupa una posición pasiva. La propia configuración del poder reintegrador atenta contra el tráfico jurídico y la seguridad que éste precisa: un tercero, interesado hipotéticamente en adquirir el bien, tal vez no se atreva a comprarlo ante la interinidad del dominio ostentado por el potencial vendedor – el comprador con el pacto de rescate –, nota de transitoriedad que le traspasaría junto con la cosa.

Por otra parte, el titular del retracto convencional, al servirse del mismo, debe pagar el precio de la compraventa, y la moneda experimenta con el curso del tiempo una progresiva pérdida de su poder adquisitivo. En cambio, en el retracto voluntario, el dueño del bien tiene que enajenarlo, y el precio que ha de abonar el retrayente será el que satisfaga el tercero adquirente. Por eso, no concurre, en principio, motivo alguno para limitar de antemano la duración del derecho, pues el precio abonable no aparece predeterminado, y se adecuará a las circunstancias económicas reinantes en el instante de la enajenación.

Además, la inseguridad jurídica no se prolonga en exceso en el tiempo, ya que el retracto voluntario se deberá utilizar tan pronto como se consume la relatada enajenación, y sin demorarse mucho a partir de entonces: al igual que en el retracto legal, ahora, en el voluntario, el término de ejercicio lo es de caducidad, y por aplicación analógica del artículo 1618, 1º L. E. C. – relativo a aquél –, ante el silencio en ese sentido de las partes o de la voluntad unilateral que lo establezca, poseería una duración de nueve días. En Navarra, a falta de determinación privada de la duración de tal término, su Compilación, en la ley 462, 3, señala que caduca a los treinta días contados desde el siguiente al de la notificación a su titular o, en su caso, al del conocimiento por éste de la transmisión. En el retracto convencional, el período hábil para el ejercicio del rescate suele ser más largo: cuatro años en defecto de señalamiento por las partes, y una década – como máximo – si las mismas optan por precisarlo.

En el ámbito jurisprudencial, el examen de los pronunciamientos no

aporta excesiva luz de cara a la elucidación de los problemas terminológicos suscitados, más bien coadyuva a producir mayor desconcierto en la materia. Lejos de mantener un criterio unidireccional, tan pronto recurre a un término como al opuesto, aleatoriamente, y, salvo excepciones, no reserva a los distintos tipos de retracto una denominación constante que permita la pronta y fácil identificación de las figuras estudiadas.

Dentro de este descomunal desbarajuste, la fluctuante opinión de las Sentencias y Resoluciones es incardinable en las siguientes tesis:

1. A veces tacha al retracto convencional de retracto voluntario o de retracto voluntario pactado. Ejemplo de lo primero es la lejana S. T. S. de 27 de enero de 1928 – considerando cuarto -. Prueba de lo segundo la constituye la S. T. S. de 30 de octubre de 1957 – considerando cuarto -, que literalmente dispone que: “ la realidad de los hechos, patentiza de modo preciso y claro, que por el adquirente (en una compraventa con pacto de rescate) se concedió a los vendedores prórrogas para el retracto voluntario pactado, en dos ocasiones y por dos años cada vez, (...), no habiéndose hecho constar la extinción del retro, ... ”

2. En otras, de modo parecido pero no idéntico al anterior, llama al retracto convencional retracto voluntario de carácter convencional. Así, las Ss. T. S. de 13 de marzo de 1913 – considerando segundo -, 26 de mayo de 1930 – considerando segundo -, o 23 de marzo de 1957, que – en su considerando primero – razona: “ es indudable que el contrato otorgado lo fue de compraventa con pacto de retro (...), sin que pueda estimarse que altera su naturaleza jurídica la convención pactada de que el vendedor continuaría en posesión de las fincas vendidas hasta el cumplimiento de la condición resolutoria, porque este particular no afecta a la esencia del contrato y es sólo una consecuencia del carácter convencional del retracto voluntario, según lo define y establece el artículo 1507 del Código Civil, ... ”

3. En ocasiones tilda al retracto similar al legal de origen extranormativo de retracto convencional, y no, como sería deseable, de retracto voluntario. Tal es el caso de las Ss. T. S. de 22 de noviembre de 1962 – considerando tercero -, 30 de abril de 1964 – considerando primero -, o 12 de noviembre del

mismo año – considerando primero -, que argumenta que: “ así como el *retracto convencional* nace de la voluntad de las partes, el legal procede de la declaración de la Ley, que concede tal derecho en consideración a la situación especial en que las cosas pueden encontrarse respecto de ciertas personas, y la misma ley que lo crea es la que lo regula, sin que la iniciativa individual pueda influir en sus modalidades ni en su ejercicio, traduciéndose en la práctica ambos retractos en un privilegio para adquirir que se concede, en el convencional, al facultado por el pacto para ponerse en el lugar del comprador, y en el legal, a la persona autorizada por la ley para realizar dicha subrogación, ... ”

O bien el de la S. T. S. de 3 de marzo de 1995 que, al contemplar un derecho de retracto establecido por escritura de donación en provecho recíproco de los tres hermanos donatarios – de tal suerte que si uno de ellos enajenaba la finca que hubiera recibido, los restantes podrían adquirirla con preferencia -, se muestra partidaria de introducir mayores precisiones en el calificativo empleado, y estima – en su fundamento de derecho tercero – que ese retracto voluntario es “ un retracto convencional sui géneris... ”

4. Asimismo, prescindiendo de cualquier adjetivo, no faltan ejemplos en los que se denomina al retracto voluntario con la simple palabra retracto, cual se contempla en la S. T. S. de 4 de julio de 1988 – fundamentos de derecho primero y segundo -. Conforme a su letra, una S. A. (por acuerdo de su Junta General de Accionistas) estipuló que en la transmisión de acciones ordinarias por actos *inter vivos* a favor de extraños se reservaba un “ derecho de retracto ” que podría utilizar la Sociedad, bien en beneficio de ella misma, bien en el de los restantes accionistas. Retracto que, en modo alguno es calificable como retracto convencional, entre otras razones porque, como explicita la S. T. S. de 12 de mayo de 1992, en su fundamento de derecho segundo: “ el retracto convencional opera siempre a impulso de la voluntad unilateral del vendedor, en un plazo marcado dentro de los límites prevenidos en el art. 1508 del mismo Cuerpo legal, ... ”

5. También se califica, en algún supuesto, de modo mediato, al retracto voluntario de retracto impropio, hipótesis recogida en la S. T. S. de 13 de

diciembre de 1958. El matrimonio vendedor de un inmueble se reservó – nos relata el considerando primero – “ un trozo del mismo de una determinada extensión superficial para sí y para sus legítimos sucesores, con el designio (...) de entrar y salir a su casa contigua de la calle Mayor ”. En las cláusulas octava y novena de la escritura de venta se consignó cierto pacto, conforme al que si algún día el señor C. (uno de los cónyuges vendedores) o sus descendientes o quien en derecho hubiera, tratase de vender el trozo referido, habría de ofrecerse al comprador o a quien de él trajera derecho, por si le conviniese adquirirlo, el cual disfrutaría de un “ derecho de retracto por espacio de un mes a contar desde el día siguiente al en que se hubiere fijado la venta ”.

6. Para acabar, merece destacarse la S. T. S. de 25 de abril de 1992, que maneja con destreza la locución “ retracto voluntario ”. A tenor de lo expuesto en su fundamento de derecho primero se colige que la Comunidad de propietarios de la finca número 123-127 de una calle barcelonesa, a través de un documento público, estableció a favor de la Sociedad <<Incasot S.A.>> ciertas servidumbres de paso, a cambio de diversas prestaciones por parte de ésta, entre ellas lo que denominaron un “derecho de retracto” en beneficio de la Comunidad mencionada y de sus integrantes; derecho al que, en la argumentación técnica contenida en el fundamento jurídico cuarto, no duda en conceptualizar como un “ retracto voluntario pactado, determinante de adquisición preferencial, en virtud del cual los integrantes de la Comunidad estaban facultados para comprar la planta dedicada a garajes (propiedad de la Sociedad), en caso de su enajenación a tercero y en las condiciones convenidas...”

A causa de todo lo anteriormente razonado, con especial alusión al análisis semántico – tanto vulgar cuanto científico – de la palabra retracto, la diáfana conclusión que se obtiene es que el legítimo y propio, el único digno de recibir tal apelativo, es la variante convencional de los artículos 1507 y posteriores del Código Civil. Lógico e inorillable correlato de esta afirmación debe ser calificar al *ius* que, mediante el pacto de rescate surge en poder del vendedor, como “ derecho de retracto convencional ”, y así han

dado en reconocerlo la doctrina³¹, la legislación³² o la jurisprudencia³³, o bien “ derecho al retracto convencional ”³⁴; y no se revela en modo alguno descabellada – si se tiene en consideración la accesoriedad del pacto en cuestión respecto al contrato–soporte – la propuesta de Serrano³⁵ o Scaevola³⁶, quienes bautizan a nuestro derecho como “ retracto contractual ”.

Empero, a pesar de lo precedente, el manejo de la denominación “derecho de retracto convencional” no es uniforme y, amén de aplicarse al *ius redemptionis* encerrado dentro del pacto de rescate, se extiende también al llamado por la mejor doctrina – que, de modo pausado pero firme, comienza a abrirse camino – “retracto voluntario”. Así, la ya aludida S. T. S. de 3 de marzo de 1995 que juzga, como punto central de la controversia, acerca del carácter personal o real de un derecho de adquisición preferente – articulado como retracto precedido de un tanteo de la misma índole -, dispuesto por la donante en interés recíproco de los donatarios, al objeto de que cualquiera de ellos pudiese adquirir, ante la eventual enajenación por otro de su cuota o finca adjudicada, dicha cuota o finca con preferencia a terceros.

El Tribunal Supremo rechaza el carácter real de ese “ retracto convencional <<sui géneris>> ” (fundamento de derecho tercero), mención terminológica que no acaba de entenderse pues, líneas más abajo del mismo fundamento jurídico, y al tiempo que diferencia el típico ejemplo del derecho de recuperación residenciado en el artículo 1507 C. C. del supuesto de autos, dictamina que: “ ese retracto convencional, precedido de su tanteo, es un retracto convencional en el sentido estricto de la palabra porque no está

³¹ Entre otros, De Diego, F. C.: *De la naturaleza jurídica del retracto convencional: cuándo debe entenderse válidamente enajenado y procede inscribirla*, en R. D. P., tomo III, Madrid, 1916, p. 139; Santos Briz, J.: *Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española*, en R. D. P., tomo LV, Madrid, 1971, p. 341; Rubio Torrano, E.: *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, p. 106; Serrano Alonso, E.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, dirigidos por X. O’ Callaghan, Madrid, 1995, p. 141.

³² Art. 107, 8º L. H.

³³ Ora empleando las cuatro palabras, caso de las Ss. T. S. de 18 de enero de 1900 – considerando segundo -, 24 de junio de 1911 – considerando quinto -, 10 de julio de 1930 – considerando primero -, 8 de marzo de 1951 – considerando quinto -, y 26 de enero de 1952 – considerando primero -, así como la R. D. G. R. N. de 16 de noviembre de 1938 – considerando tercero -, ora refiriéndose a lo mismo mas omitiendo la palabra “derecho”: Rs. D. G. R. N. de 6 de mayo de 1902 – resultando primero – y 5 de noviembre de 1919 – considerando primero -, o las Ss. T. S. de 12 de abril de 1957 – considerando segundo -, y 24 de noviembre de 1978 – considerando segundo -.

³⁴ Borrell y Soler, A. M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil Español*, Barcelona, 1952, p. 263.

³⁵ Voz “ retracto convencional. Derecho civil común ”, en E. J. E., tomo XVII, Barcelona, 1910, p. 496.

³⁶ *Código Civil*, tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, Madrid, 1970, p. 354. Suscribe también esta opción = Malaver, A. M.: *El juicio de retracto*, en Revista de Derecho Procesal, año II, primera parte, Buenos Aires, 1944, p. 277.

erigido simplemente por la voluntad de la donante, sino por el concurso de voluntades que es imprescindible para su constitución incluso como institución gratuita... ". Semejante afirmación comete un fallo, toda vez que, según señala Rubio Torrano³⁷ al realizar la exégesis del pronunciamiento, la constitución del referido presunto "retracto convencional" posee carácter unilateral, pues surge de una decisión propia y exclusiva de la donante. Mas, incluso en la hipótesis de que ese derecho naciera de un aunamiento de voluntades, de un pacto, convendría – tal y como se ha venido repitiendo – atribuirle la designación más idónea para él: la de "retracto voluntario"; extremo que deja entrever la contradictoria Sentencia en su fundamento de derecho sexto, cuando habla de que: "el (retracto) del presente caso es voluntario".

En otras oportunidades, se prescinde, dado que nuestro derecho de rescate es el retracto por antonomasia, del adjetivo "convencional". Tamaña elección, aun siendo irreprochable desde el punto de vista técnico, quizá se preste a equívocos e introduzca innecesariamente cierta dosis de desorientación, por lo que, y en vista de que lo que abunda no daña, resulta más ilustrativa la entera fórmula "derecho de retracto convencional" o, si se prefiere, en palabras de Cordón Moreno, "derecho de retracto de origen convencional"³⁸. Se abonan al uso del título "derecho de retracto" ciertos autores³⁹, junto con un nutrido grupo de Sentencias y Resoluciones⁴⁰, así

³⁷ *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995*, en C. C. J. C., tomo XXXVIII, Madrid, abril/agosto de 1995, p. 799.

³⁸ *Los presupuestos del juicio de retracto*, en A. C., Madrid, 1995 - I, p. 5.

³⁹ García Goyena, F.: *Concordancias...*, cit., tomo III, p.p. 417 y 418; Martínez Ruiz, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, tomo VII, Madrid, 1906, p. 421; Parés, S.: *Venta a carta de gracia en Cataluña*, en R. J. C., tomo XVI, Barcelona, 1910, p. 447; Serrano, E.: voz "retracto convencional...", cit., p. 502; Ríaza, N.: *Los retractos...*, cit., p. 114; Alas Argüelles, L.: *Derecho civil*, Madrid, 1929, p. 701; Faus Condomines, J.: *Del contrato de empenyament en Cataluña o venta a carta de gracia*, en Centenario de la Ley del Notariado, sección cuarta, volumen VII, Barcelona, 1964, p. 190; Salinas Quijada, F.: *Derecho Civil de Navarra*, tomo IV, volumen 2º, Pamplona, 1974, p. 208; López y López, A. M.: *Derecho de obligaciones y contratos*, coordinado por Mª. R. Valpuesta Fernández, 2ª edición, Valencia, 1995, p. 591; O' Callaghan Muñoz, X.: *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, 1ª edición, Madrid, junio de 1996, p. 1452.

⁴⁰ Ss. T. S. de 22 de diciembre de 1863 – considerando primero -, 16 de octubre de 1906 – resultandos 9º y 13º, y considerando primero -, 24 de junio de 1911 – considerandos tercero y quinto -, 26 de mayo de 1930 – considerando segundo -, 26 de enero de 1952 – considerandos segundo y tercero -, 16 de febrero de 1952 – considerando primero -, 6 de marzo de 1952 – considerando tercero -, 16 de junio de 1956 – considerando primero -, 7 de marzo de 1959 – considerando tercero -, 8 de junio de 1960 – considerando primero -, 22 de noviembre de 1962 – considerando tercero -, 13 de febrero de 1968 – considerando primero -, 8 de noviembre de 1985 – fundamento de derecho segundo -, 24 de octubre de 1990 – fundamento de derecho cuarto -.

Rs. D. G. R. N. de 2 de enero de 1889 – resultando primero -, 27 de enero de 1900 – resultandos segundo y cuarto -, 14 de julio de 1900 – considerando tercero -, 6 de julio de 1901 – resultando séptimo -, 6 de mayo de 1902 – resultando y considerando primeros -, 10 de octubre de 1907 – considerando cuarto -, 29 de octubre de 1912 – considerando tercero -, 5 de noviembre de 1919 – considerando segundo -, 26 de mayo de 1925 – resultando cuarto -, 23 de julio de 1927 – resultando sexto -, 29 de julio de 1931 – resultandos primero y octavo -, 18 de febrero de 1993 – fundamento de derecho segundo -, 18 de octubre de 1994 – fundamentos de derecho cuarto -.

como se recurre también a sus alternativas: "derecho al retracto"⁴¹ o "derecho a retracto"⁴².

No es inusual, tampoco, que el sustantivo retracto deje paso a otro de sus accidentes gramaticales, lo cual se plasma en la fórmula "derecho a retraer"⁴³ o, reemplazando una preposición por otra, "derecho para retraer"⁴⁴ o "derecho de retraer"⁴⁵, o, incluso, que se degrade al derecho y se le considere ya simple facultad de retraer"⁴⁶ ya "facultad de retracción"⁴⁷.

Por otro lado, el intento de escudriñar la naturaleza jurídica del derecho de retracto convencional se erige, también, en un fértil manadero terminológico. Así, sobre la base del explícito rótulo del capítulo VI del título IV del libro IV del Código Civil, se sugiere una hipotética resolución del contrato-

⁴¹ Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo X, volumen I, 6ª edición, Madrid, 1969, p. 486; Vázquez Iruzebieta, C.: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, 1984, p. 2168; Rubio Torrano, E.: *Comentario del Código Civil*, tomo II, Madrid, reedición de 1992, p. 1004; Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil*, tomo III, volumen 2º, 8ª edición, Barcelona, 1994, p. 391.

⁴² Scaevola, Q. M.: *Código ...*, cit. tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 381.

R. D. G. R. N. de 10 de octubre de 1907 – considerando cuarto –.

⁴³ Riaza, N.: *Los retractos ...*, cit., p. p. 23, 142 y 370; Salinas Quijada, F.: *Derecho ...*, cit., tomo IV, volumen 2º, p. p. 205 y 219.

Ss. T. S. de 11 de junio de 1887 – resultando duodécimo –, 30 de enero de 1890 – considerando tercero –, 24 de junio de 1911 – resultando tercero –, 13 de octubre de 1934 – considerando cuarto –, 1 de febrero de 1946 – considerandos primero y segundo –, 20 de junio de 1949 – considerando segundo –, 8 de marzo de 1951 – considerando séptimo –, 26 de enero de 1952 – considerando primero –, 28 de junio de 1961 – considerando séptimo –, 22 de noviembre de 1962 – considerando tercero –.

Rs. D. G. R. N. de 24 de octubre de 1893 – considerando primero –, 14 de julio de 1900 – considerando primero –, 6 de julio de 1901 – resultandos 2º, 3º y 7º, y considerando 4º –, 23 de julio de 1927 – resultandos 1º, 4º y 5º –, 29 de septiembre de 1927 – considerando tercero –, 16 de noviembre de 1938 – resultando cuarto –, 18 de octubre de 1994 – fundamento jurídico cuarto –.

⁴⁴ S. T. S. de 24 de marzo de 1956 – considerando primero de la primera Sentencia –.

⁴⁵ Riaza, N.: *Los retractos ...*, cit., p. p. 68, 95, 100, 102, 323; Casals Colldecarrera, M.: *El pacto de retro y la carta de gracia*, Barcelona, 1943, p. p. 21-22, 33, 40, 102, 105, 109, etc...; Vázquez Iruzebieta, C.: *Doctrina ...*, cit., p. 2168.

Ss. T. S. de 11 de junio de 1887 – resultandos 6º y 12º –, 16 de octubre de 1906 – resultando 8º –, 18 de marzo de 1911 – considerando cuarto –, 1 de abril de 1912 – considerando primero –, 2 de enero de 1928 – considerandos 5º y 9º –, 29 de febrero de 1928 – resultando 5º –, 31 de marzo de 1944 – considerando segundo –, 1 de febrero de 1946 – considerando tercero –, 26 de enero de 1952 – considerandos 1º y 3º –, 22 de noviembre de 1962 – considerando tercero –.

Rs. D. G. R. N. de 27 de mayo de 1879 – resultandos 3º y 8º –, 18 de junio de 1898 – considerandos 2º y 3º –, 27 de enero de 1900 – resultando 5º –, 14 de julio de 1900 – resultandos 4º y 7º, y considerando tercero –, 6 de mayo de 1902 – resultando 5º –, 23 de julio de 1927 – resultando 6º y considerandos 2º, 4º y 5º –, 29 de septiembre de 1927 – considerando tercero –, 29 de julio de 1931 – resultandos 1º, 3º, 6º y 8º, y considerandos 3º y 4º –, 13 de diciembre de 1934 – resultando 11º –, 16 de noviembre de 1938 – resultando 5º y considerando 3º –, 7 de octubre de 1943 – resultando 4º –.

⁴⁶ Casals Colldecarrera, M.: *El pacto ...*, cit., p. 24; Moreno Alvarez, F. – J.: *La acción de retracto convencional frente al arrendamiento concertado por el fiduciario*, en Centenario del Código Civil (1889 – 1989), tomo II, Madrid, 1990, p. 1498; Albácar López, J. L.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo V, primera edición, Madrid, 1991, p. 408.

Rs. D. G. R. N. de 14 de julio de 1900 – resultandos 4º y 5º – y 16 de noviembre de 1938 – resultando 4º –.

⁴⁷ Riaza, N.: *Los retractos ...*, cit., p. 73.

base, lo cual se traduce jurídicamente en un “derecho de resolución”⁴⁸, o en una mera “facultad de resolución”⁴⁹.

Se defiende, asimismo, el empleo de los calificativos: “derecho de redimir”⁵⁰, “derecho a redimir”⁵¹, “facultad de redimir”⁵² o, simplemente, “redención”⁵³, “redimir”⁵⁴, a la par que “derecho de redención”⁵⁵.

Igualmente, a partir de una interpretación tan literalista cuando certera, se adopta la fórmula consagrada en el artículo 1507 del Código, y se recurre a la expresión “derecho de recuperar”⁵⁶ - más que la cosa en sí, a pesar de la redacción del precepto, el derecho transmitido sobre la misma, casi siempre el dominio -, “derecho para recuperar”⁵⁷, “derecho a recuperar”⁵⁸, “derecho de recuperación”⁵⁹, “facultad de recuperar”⁶⁰ o “facultad recuperatoria”⁶¹ (recte: recuperadora) o, lisa y llanamente, “recuperar”⁶².

A veces, se traduce una locución - “*riscatto convenzionale*” - que ha arraigado en la legislación y doctrina italianas, y aparece recogida en sus

⁴⁸ Vid., p. ej., Badenes Gasset, R.: *La preferencia* ..., cit., p. 33.

En el terreno jurisprudencial, la S.T.S. de 26 de mayo de 1951 - considerando primero -.

⁴⁹ García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 556.

⁵⁰ Art. 326, l. Comp. Cat.

Royo y Murciano, J. Mª.: *Las cartas de gracia. Cómo son y cómo deben considerarse*, en R. G. L. J., tomo XVII, Madrid, 1860-II, p. 501; Parés, S.: *Venta* ..., cit., p. 451; Casals Coldecarrera, M.: *El pacto* ..., cit., p. p. 79 y 84; Faus Condomines, J.: *Del contrato* ..., cit., p. p. 191, 193 - 194, etc...

S. T. S. de 30 de enero de 1890 - resultandos 6º y 7º -, y R. D. G. R. N. de 14 de julio de 1900 - resultandos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º y 7º -.

⁵¹ De Otto y Crespo, N.: *Del retracto* ..., cit., p. 240.

⁵² Sánchez de Molina Blanco, J.: *El Derecho Civil español (en forma de Código)*, Madrid, 1871, p. 335.

S. T. S. de 3 de diciembre de 1864 - considerando tercero -.

⁵³ Sala, J.: *Ilustración* ..., cit., tomo I, 3ª edición, p. 288; Burón García, G.: *Derecho Civil Español según los principios, los Códigos y las Leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, tomo III, Valladolid, 1900, p. 840; Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. M.: *Elementos* ..., cit., tomo segundo, décima edición, p. 305; Domingo de Morató, D. R.: *El Derecho* ..., cit., tomo segundo, p. 425.

⁵⁴ R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 - resultando 1º -.

⁵⁵ Rs. D. G. R. N. de 18 de junio de 1898 - resultando 1º - y 28 de abril de 1927 - resultando 1º -.

⁵⁶ Bustos Valdivia, C.: *Derecho Civil patrimonial. Concepto y normativa básica*, V. V. A. A., Granada 1995, p. 442.

Ss. T. S. de 1 de febrero de 1946 - considerando cuarto -, 16 de febrero de 1952 - considerando 1º -, 29 de marzo de 1960 - considerando 5º -.

Rs. D. G. R. N. de 23 de septiembre de 1864, 23 de julio de 1927 - considerando 1º -, 5 de junio de 1991 - fundamento de derecho cuarto -.

⁵⁷ R. D. G. R. N. de 19 de septiembre de 1974 - resultando tercero -.

⁵⁸ Ss. T. S. de 26 de enero de 1952 - considerando primero -, 14 de diciembre de 1966 - considerando cuarto -, 19 de mayo de 1989 - fundamento de derecho segundo -.

⁵⁹ Ss. T. S. de 20 de mayo de 1943 - considerando sexto - y 13 de diciembre de 1958 - considerando sexto -.

⁶⁰ Riaza, N.: *Los retractos* ..., cit., p. 78; Oyuelos, R.: *Digesto* ..., cit., tomo VI, p. 272.

Ss. T. S. de 20 de mayo de 1943 - considerando 1º -, 26 de mayo de 1951 - considerando 1º -, 13 de diciembre de 1957 - considerando 1º A) -, 8 de octubre de 1981 - considerando 1º de la primera Sentencia -.

R. D. G. R. N. de 18 de octubre de 1994 - fundamento de derecho tercero -.

⁶¹ R. D. G. R. N. de 18 de octubre de 1994 - fundamento de derecho tercero -.

⁶² S. T. S. de 17 de mayo de 1955 - considerando 3º -.

R.D. G. R. N. de 24 de octubre de 1893 - resultando 1º -.

Códigos Civiles de 1865 (arts. 1514 y ss.) y 1942 (arts. 1500 a 1509). Entre nosotros, tal denominación, en sus diversas variantes nomenclaturales, ha contado con férreos valedores: de "derecho de rescatar" hablan, verbigracia, De Diego⁶³, Puig Peña⁶⁴ o Badenes Gasset⁶⁵; De Buen⁶⁶ se inclina por "derecho de rescatar"; la S. T. S. de 31 de octubre de 1955 – considerando segundo – muestra su predilección por la opción "facultad de rescate"; simplemente al "rescate" se refieren Burón García⁶⁷, Sabater Bayle⁶⁸ y la S. T. S. de 3 de mayo de 1955 – considerando quinto –.

Cabe encontrar, además, aparte de los anteriores, ejemplos de utilización de los denominados "derecho de recobrar"⁶⁹, "facultad de recobrar"⁷⁰, o sólo "recobrar"⁷¹.

Los autores y la jurisprudencia se han servido, asimismo, del vocablo "readquirir", y tan pronto han nombrado al derecho de retracto convencional "poder readquisitivo"⁷², como "derecho de readquisición"⁷³ o "expectativa de readquisición de la cosa"⁷⁴. Por último, es posible hallar ejemplos en que se indica sucintamente que el vendedor, al ejercitar el derecho de retracto convencional, "readquiere"⁷⁵.

Otros apelativos elaborados han sido "derecho de retrotraer"⁷⁶,

⁶³ *De la naturaleza* ..., cit., p. p. 142 y 143.

⁶⁴ *Tratado* ..., cit., tomo IV, volumen II, p. 157.

⁶⁵ *El contrato de compraventa*, tomo II, 3ª edición, Barcelona, 1995, p. 862.

⁶⁶ De Buen, D.: *Notas a la traducción por la redacción de la R. G. L. J. de la 2ª edición francesa del Curso Elemental de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant, tomo 4º, 3ª edición puesta al día en la parte española por F. Ortega Lorca, Madrid, 1981, p. 269.

⁶⁷ *Derecho Civil* ..., cit., tomo III, p. 840.

⁶⁸ *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, p. 226.

⁶⁹ Santamaría, V.: *Algo sobre los contratos de venta a retro*, en R. G. L. J., tomo CXIII, Madrid, 1908, p.p. 75 y 76; Gramunt y Subicla, J.: *El Derecho Civil en el Principado de Andorra*, Tarragona, 1923, p. 44.

Ss. T. S. de 24 de junio de 1911 – resultando 3º –, 7 de diciembre de 1925 – resultando 3º –, 1 de febrero de 1946 – considerando 4º –, y la R. D. G. R. N. de 14 de julio de 1900 – resultando primero –.

⁷⁰ Oyuelos, R.: *Digesto* ..., cit., tomo VI, p. 272.

S. T. S. de 1 de febrero de 1946 – considerando primero –.

⁷¹ Burón García, G.: *Derecho* ..., cit., tomo III, p. 840; García Martínez, F.: *Derecho civil. Contestaciones al programa de oposiciones directas a Notaría*, Valencia, 1942, p. 342.

⁷² Del Moral y de Luna, A.: *Los derechos* ..., cit., p. 361.

⁷³ Badenes Gasset, R.: *El contrato* ..., cit., tomo II, 3ª edición, p. 862; Roca Sastre, R. Mª., y Roca Sastre – Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario*, tomo V, octava edición, Barcelona, 1997, p.p. 617, 632 y 634.

S. T. S. de 6 de marzo de 1947 – considerando 3º –.

⁷⁴ Lalaguna Domínguez, E.: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 2ª edición, Valencia, 1993, p. 205.

⁷⁵ García Martínez, F.: *Derecho* ..., cit., p. 342.

S. T. S. de 25 de abril de 1992 – fundamento de derecho cuarto –.

⁷⁶ Ss. T. S. de 22 de febrero de 1886 – considerando cuarto –, 11 de junio de 1887 – resultando 3º –, 19 de mayo de 1896 – resultando 1º –.

“facultad de retrotraer”⁷⁷, “derecho de retroacción”⁷⁸, “derecho de retrocompra”⁷⁹, “derecho de retrocomprar”⁸⁰, o la utilización descarnada de los verbos “retrocomprar”⁸¹, o “retroadquirir”⁸², “derecho de retrocesión”⁸³, sólo “retrocesión”⁸⁴ o, finalmente, llamando al plazo durante el cual está operante el derecho de retracto convencional “plazo de retrocesión”⁸⁵.

El calificativo “derecho de retroventa” ha disfrutado y goza aún de un sólido arraigo. La proveya expresión cuenta con el beneplácito doctrinal⁸⁶ y jurisprudencial⁸⁷. Son también numerosas las alusiones, simplemente, a la “retroventa”; menciones que responden a diferentes sentidos:

1. En un nutrido número de casos, al introducir semejante sustantivo, se apunta al acto jurídico que persigue el ejercicio triunfante del derecho de retracto, es decir, a un presunto segundo contrato de compraventa – de efectos inversos a los de la compraventa-base – que habría de retransmitir el dominio al originario vendedor⁸⁸. O bien, como resulta más plausible, cual equivalente a redención, trasunto del empleo exitoso del *ius retrahendi*⁸⁹.

2. En otros, se hace mención a la “escritura de retroventa”, en la que dicho potencial segundo contrato de compraventa se refleja⁹⁰.

3. Se utiliza el nombre de “retroventa”, igualmente, de una manera globalizadora, sin deslindar si el término evidencia el derecho de retracto, el

⁷⁷ S. T. S. de 4 de junio de 1982 – considerando tercero -.

⁷⁸ Casals Colldecarrera, M.: *El pacto ...*, cit., p.p. 33 – 34; Vázquez Iruzubieta, C.: *Doctrina ...*, cit., p. 2164.

⁷⁹ La citada S. T. S. de 19 de mayo de 1896 – resultando tercero -.

⁸⁰ Oyuelos, R.: *Digesto ...*, cit., tomo VI, p. 281.

⁸¹ De Diego, F. C.: *De la naturaleza ...*, cit., p. 143.

⁸² R. D. G. R. N. de 6 de octubre de 1925 – resultando primero -.

⁸³ S. T. S. de 29 de marzo de 1960 – considerando primero -.

⁸⁴ Santamaría V.: *Algo sobre ...*, cit., p. 76.

R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 – resultando quinto -.

⁸⁵ S. T. S. de 20 de mayo de 1943 – considerando sexto -.

⁸⁶ Rubio Torrano, E.: *El pacto ...*, cit., p. 67; Albácar López, J. L.: *Código Civil...*, cit., tomo V, p. 410; Camy Sánchez – Cañete, B.: *Concordancias y notas a las Leyes Hipotecarias*, Pamplona, 1993, p. 412.

⁸⁷ Ss. T. S. de 17 de marzo de 1865 – considerando cuarto -, 30 de enero de 1890 – resultando 7º -, 14 de noviembre de 1957 – considerando primero -, 4 de junio de 1982 – considerando sexto -, 22 de diciembre de 1988 – fundamento de derecho segundo -, 19 de septiembre de 1997 – fundamento jurídico primero -.

⁸⁸ Faus Cordermines, J.: *Del contrato ...*, cit., p. 113.

R. D. G. R. N. de 13 de diciembre de 1934 – resultando undécimo -.

⁸⁹ Scaevola, Q. M.: *Código Civil ...*, cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 416.

Ss. T. S. de 5 de abril de 1872 – considerando primero -, 3 de febrero de 1873 – considerandos 3º y 4º -, 16 de octubre de 1906 – considerando 1º -, 19 de mayo de 1989 – fundamento jurídico segundo -, y las Rs. D. G. R. N. de 28 de febrero de 1878 – considerando tercero - y 8 de enero de 1889 – considerandos 3º y 5º -.

⁹⁰ Ss. T. S. de 2 de diciembre de 1914 – resultando cuarto - y 17 de mayo de 1955 – hechos -, Rs. D. G. R. N. de 2 de enero de 1889 – resultandos 4º, 5º y 11º, y considerando 5º - y 24 de noviembre de 1921 – considerando sexto -.

pacto que lo alberga, o la supuesta segunda venta. Del impreciso y vaporoso “cauce de la retroventa” se debate en la S. T. S. de 3 de mayo de 1955 - considerando sexto -; la S. T. S. de 21 de enero de 1881 - considerando segundo - o la R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 - resultando octavo - comparten similar caracterización de la palabra.

4. En ocasiones se habla de “acción de retroventa”⁹¹.

5. También es dable contemplar supuestos en los que se tacha a la venta con pacto de retracto convencional de retroventa⁹².

6. Se emplea, del mismo modo, el sustantivo “retroventa” para referirse al derecho de retracto convencional⁹³.

7. Se invoca el término “retroventa”, por último, como sinónimo del pacto de retracto convencional⁹⁴.

Otra denominación recomendada para nuestro *ius* ha sido “derecho de retorno”⁹⁵ o, con rebajamiento de su rango, “facultad de retornar”⁹⁶ o “facultad de reversión”⁹⁷.

1.2. El pacto que lo alberga:

Ya con notable anterioridad a la promulgación del Código Civil se identificó por ciertos autores⁹⁸ - tendencia que aún en fechas propincuas cuenta con valedores⁹⁹ - el pacto recuperador con el derecho que a su través

⁹¹ Cany Sánchez-Cañete, B.: *Comentarios* ..., cit., volumen VI, 3ª edición, Pamplona, 1983, p. 488.

Vid. la enjundiosa R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 - considerando sexto -.

⁹² García Urbano, J. Mª.: *Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, 1990, p. 278.

⁹³ Feliu Rey, M. I.: *El tanteo* ..., cit., p. p. 140 y 154.

S. T. S. de 14 de diciembre de 1965 - considerando primero -; en el considerando segundo le agrega el adjetivo “convencional” = “retroventa convencional”.

⁹⁴ García Fernández, J.: *Contra la usura. Modificación del art. 1509 del Código Civil*, en R. G. L. J., tomo XVII, Madrid, 1905, p. p. 276 y 278.

⁹⁵ Badenes Gasset, R.: *La preferencia* ..., cit., p. 33.

⁹⁶ Ríaza, N.: *Los retractos* ..., cit., p. 144.

⁹⁷ Ríaza, N.: *Los retractos* ..., cit., p. p. 23, 68, 260.

⁹⁸ Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. M.: *Elementos* ..., tomo segundo, 10ª edición, p. 305; Domingo de Morató, D. R.: *El Derecho Civil* ..., cit., tomo segundo, segunda edición, p. 425.

⁹⁹ Ruiz Vadillo, E.: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho Civil*, 16ª edición, Logroño, 1988-1989, p. 668; García Urbano, J. Mª.: *Instituciones* ..., cit., p. 165; Rubio Torrano, E.: *Comentario del Código Civil*, cit., tomo II, p. 989; Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, cit., tomo III, volumen segundo, 8ª edición, p. 385; Bustos Valdivia, C.: *Derecho Civil patrimonial* ..., cit., p. 442; Badenes Gasset, R.: *El contrato* ..., cit., tomo II, 3ª edición,

surgía¹⁰⁰. Tales juristas, lejanos en el tiempo o coetáneos, sirviéndose de una metonimia, o apelando a una sinécdoque, designan una realidad (la cláusula rescatadora) con el nombre de otra con la que guarda una estrecha relación (el – derecho de – retracto convencional). Metonimia, por cuanto se equipara – mediante la fórmula lógica *pars pro parte* – la causa al efecto, o el continente al contenido: se confunde deliberadamente lo restringido, es decir, el *ius redemptionis*, con lo general, el pacto que lo origina y le insufla vida. Sinécdoque, porque – a través del esquema lógico *pars pro toto o totum pro parte* – la parte ocupa el espacio correspondiente al todo, el pacto se reduce a su elemento principal: el derecho de rescate.

Al margen del ingenioso recurso a semejantes tropos, criterio que ha recibido inequívocas adhesiones jurisprudenciales¹⁰¹, la claridad expositiva se ve favorecida si se acierta a deslindar lo que supone el pacto, de un lado, y el derecho instaurado a sus expensas, de otro. Por ello, luego de dedicar algunas páginas a la disección jurídica y terminológica de ese derecho rescatador, llegado es el momento de indagar en las entrañas del pacto, al objeto de presentar las distintas denominaciones o calificaciones esgrimidas para designarlo y, en último término, ponderar la mayor o menor bondad de cada una de ellas.

Merece reseñarse, en primer lugar, que una pléyade de autores¹⁰², con

p. 865.

¹⁰⁰ Y entre unos y otros una dilatada nómina de autores lo suscribe = Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, 2ª edición, Madrid, 1899, p. 581; Burón García, G.: *Derecho Civil Español...*, cit., tomo III, p. 840; Riaza, N.: *Los retractos* ..., cit., p. 73; Jaén, V.: *Derecho Civil. Apuntes y notas de derecho filosófico, histórico y positivo*, Madrid, 1928, p. p. 402 y 403; Arias, J.: *Contratos Civiles. Teoría y práctica*, tomo I, Buenos Aires, 1939, p.p. 850 y 851; De Fuenmayor Champín, A.: *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941, p. 114; De Diego, F. C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo I, Madrid, 1941, p. 445; Hernández Gil, A.: *Pacto de retrovender o retracto convencional y compromiso de volver a vender: concepto y diferencias (S. de 23 de mayo de 1944)*, en R. G. L. J., tomo IX, Madrid, 1944, p. 701 – en la rúbrica del artículo -, y p. 703; Scaevola, Q. M.: *Código Civil* ..., cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 531; Arechederra Aranzadi, L. J.: *Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones (S. T. S. de 3 de mayo de 1976)*, en A. D. C., tomo XXI, fascículo II, Madrid, 1978, p. 447.

¹⁰¹ Ss. T. S. de 6 de marzo de 1947 – considerando tercero -, y 10 de julio de 1987 – fundamento de derecho primero -; R. D. G. R. N. de 19 de septiembre de 1974 – resultando tercero -.

¹⁰² García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 415; Sánchez de Molina Blanco, J.: *El Derecho* ..., cit., p. 354; Ondovilla y Durán, A.: *Naturaleza* ..., cit., p. p. 265 y 266; Fernández Elías, C.: *Novísimo Tratado histórico-filosófico del Derecho Civil Español*, II, 2ª edición, Madrid, 1880, p. 313; Parés, S.: *Venta* ..., cit., p. 442; Hernández Gil, A.: *Pacto de retrovender* ..., cit., p. 703; Salinas Quijada, F.: *Derecho* ..., cit., tomo IV, volumen 2º, p. 187; Sabater Bayle, I.: *Préstamo* ..., cit., p. p. 223 y 226; García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 481; Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español común y foral*, tomo IV, 15ª edición revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, Madrid, 1993, p. 165; Bello Janeiro, D.: *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Pamplona, 1995, p. 41; Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo tercero, 3ª edición, Madrid, 1995, p. 212, etc...

un consistente respaldo jurisprudencial¹⁰³ y legal¹⁰⁴, procede a calificar a la cláusula que cobija al derecho de retracto convencional como pacto de retroventa.

O su cohorte de expresiones equivalentes, cual “pacto de retrovención”¹⁰⁵, el empleo literal de la denominación de su arcaico precedente romano – “*pactum de retrovendendo*”¹⁰⁶ –, o bien su traducción parcial al español – “pacto de retrovendendo”¹⁰⁷ –, “pacto convencional de retrovendendo”¹⁰⁸, “pacto de retrovender”¹⁰⁹, su forma apocopada – “pacto de retro”¹¹⁰ – o, incluso, “pacto de retro convencional”¹¹¹.

De acuerdo con lo expuesto en la primera parte de este capítulo – acerca del derecho de retracto convencional –, en aras de la eliminación de cualquier atisbo confundidor, parece sencillo, y feliz jurídicamente, intitular al pacto

¹⁰³ Ss. T. S. de 17 de noviembre de 1865 – considerando 3º –, 24 de febrero de 1874 – considerando 4º –, 12 de mayo de 1875 – considerando 1º –, 17 de febrero de 1876 – considerandos 4º y 6º –, 11 de junio de 1887 – resultando 12º –, 18 de marzo de 1911 – considerando 2º –, 20 de mayo de 1943 – considerando 5º –, 7 de enero de 1944 – considerando 4º de la primera sentencia –, 23 de mayo de 1944 – considerandos primero y tercero –, 17 de mayo de 1955 – hechos –, 31 de octubre de 1955 – considerando 2º –, 24 de marzo de 1956 – considerando 1º de la segunda sentencia –, 12 de abril de 1957 – considerando segundo –, 28 de diciembre de 1984 – considerando tercero de la primera sentencia –, 19 de septiembre de 1997 – fundamento jurídico 1º –; Rs. D. G. R. N. de 14 de enero de 1876 – considerando 2º –, 28 de mayo de 1889 – considerando 1º –, 13 de julio de 1901 – considerandos 1º y 3º –, 6 de octubre de 1925 – considerando 2º –, 29 de julio de 1931 – considerando 4º –.

¹⁰⁴ P. ej., art. 631 del Proyecto de Gorosabel, art. 1442 del Proyecto de 1851, o art. 1513 C. C.

¹⁰⁵ De Otto y Crespo, N.: *Del retracto convencional* ..., cit., p. 240.

¹⁰⁶ Montés Penadés, V.: *Comentarios al Código Civil* ..., dirigidos por M. Albaladejo, tomo XV, volumen Iº, Madrid, 1989, p. 1167.

¹⁰⁷ Moutón Ocampo, L.: *Diccionario del Derecho Civil Foral compilado y consuetudinario*, tomo III, Madrid, 1906, p. 110; Parés, S.: *Venta* ..., cit., p. 440; Faus Condomines, J.: *Del contrato* ..., cit., p. p. 188 y 190; Badenes Gasset, R.: *El contrato* ..., cit., tomo II, 3ª edición, p. 849, etc...

¹⁰⁸ S. T. S. de 17 de febrero de 1876 – considerando segundo –.

¹⁰⁹ Hernández Gil, A.: *Pacto de retrovender* ..., cit., p. 701; Casals Coldecarrera, M.: *El pacto* ..., cit., p. 52.

Ss. T. S. de 23 de mayo de 1944 – considerando 3º – y 3 de mayo de 1955 – considerando 1º –.

¹¹⁰ Verbigracia = Borrell y Soler, A. M.: *El contrato* ..., cit., p. 245; Del Moral y de Luna, A.: *Los derechos* ..., cit., p. 359; Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios* ..., tomo X, volumen Iº, 6ª edición, p. p. 484 y 485; Marín Pérez, P.: *Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1983, p. 246; Bello Janeiro, D.: *Los retractos* ..., cit., p. 119; Revuelta García, J.: *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, V.V. A. A., 3ª edición actualizada, Valencia, 1998, p. 354.

Ss. T. S. de 3 de diciembre de 1864 – considerando 4º –, 12 de diciembre de 1865 – considerando 1º –, 5 de abril de 1872 – considerando 4º –, 17 de febrero de 1876 – considerando sexto –, 9 de febrero de 1878 – considerando 2º –, 11 de junio de 1887 – resultando 8º –, 14 de junio de 1920 – resultando 6º –, 7 de diciembre de 1925 – considerando 3º –, 17 de mayo de 1955 – considerando 3º –, 30 de octubre de 1976 – considerando 1º –, 5 de julio de 1982 – considerando 5º –; Rs. D. G. R. N. de 13 de julio de 1901 – resultando 2º –, 26 de mayo de 1925 – resultando 7º –, 28 de abril de 1927 – resultando 1º y considerando 4º –, 23 de julio de 1927 – resultando 4º –, 29 de julio de 1931 – resultandos 3º y 5º –, 16 de noviembre de 1938 – resultando 4º –, 19 de septiembre de 1974 – resultando 3º, letra d) –, 5 de junio de 1991 – fundamento jurídico 4º –.

¹¹¹ Santamaría, V.: *Algo sobre* ..., cit., p. 68; Chico Ortiz, J. Mª.: *Bienes privativos convertidos en gananciales*, en Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores (años 1966-1985), Madrid, recopilados y ordenados por F. Rodríguez López, tomo I, p. 122.

contenedor del derecho de rescate "pacto de retracto"¹¹².

De esta forma, se logra una perfecta identificación léxica entre la cláusula típica y el derecho patrimonial que de la misma despierta en inicial provecho del vendedor. Si el verdadero y certero retracto, el único merecedor de recibir tal apelativo es el convencional, bastará con hablar, para designar a la convención de naturaleza negocial que lo contiene, de "pacto de retracto" o, igualmente, de "pacto de retraer"¹¹³.

Sin embargo, en vista de que la extensión doctrinal, jurisprudencial y legislativa del término retracto al derecho real de adquisición preferente de origen legal, así como a su réplica de creación voluntaria, que encontraba plasmación en las locuciones: "retracto legal" y "retracto voluntario", respectivamente, nos llevaba entonces – con ocasión del análisis del derecho recuperador – a optar, para designar a este último, por la agregación al sustantivo-base del adjetivo "convencional", ahora, por lo mismo, se debe preconizar, como denominación ideal para el pacto, el empleo de la expresión "pacto de retracto convencional"¹¹⁴ o, asimismo, "pacto de retracto propiamente dicho"¹¹⁵.

De igual manera, en consonancia con lo referido en sede de estudio del derecho de retracto convencional, respecto al cual se utilizan los calificativos, por ejemplo, de "derecho de recobro", "derecho de recuperación" o "derecho de rescate", en lo tocante a la cláusula retractual, se propone también el manejo de expresiones homólogas, cual "pacto de recobración"¹¹⁶, "pacto de recobrar"¹¹⁷, "pacto de recuperar"¹¹⁸, "pacto de rescate"¹¹⁹, o "pacto de

¹¹² Parés, S.: *Venta* ..., cit., p. p. 438, 439, 440 y 447; Navarro Pérez, J. L.: *La compraventa civil*, Granada, 1993, p. p. 690 y 705.

Ss. T. S. de 25 de octubre de 1924 – considerando 3º -, 29 de febrero de 1928 – resultando 3º -, 20 de mayo de 1943 – considerando 4º -, 24 de marzo de 1956 – considerando 1º de la primera sentencia -, 8 de junio de 1960 – considerando 1º -, 28 de junio de 1961 – considerando 6º -, 3 de marzo de 1995 – fundamento de derecho 3º -, y la R. D. G. R. N. de 16 de noviembre de 1938 – resultando 6º -.

Vid. también la ley 463 C. N.

¹¹³ Cabanellas, G.: *Diccionario de Derecho Usual*, tomo III, 10ª edición, Buenos Aires, 1976, p. 156.

Ss. T. S. de 6 de marzo de 1947 – considerando 3º - y 8 de marzo de 1951 – considerando 3º -.

Vid. el art. 1572 C. C.

¹¹⁴ Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, volumen II, 2ª edición revisada y ampliada, Barcelona, 1982, p. p. 209 y 211; Blasco Gascó, F. de P.: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinado por A. M. López y López, Valencia, 1994, p. 620.

Ss. T. S. de 23 de mayo de 1944 – considerando 1º - y 6 de marzo de 1947 – considerando 3º -.

¹¹⁵ Ss. T. S. de 6 de marzo de 1947 – considerando 3º - y 28 de junio de 1961 – considerando sexto -.

¹¹⁶ Ss. T. S. de 24 de junio de 1911 – resultando 1º - y 7 de diciembre de 1925 – resultando 1º -.

¹¹⁷ S. T. S. de 29 de octubre de 1928 – resultando 1º -.

redimir”¹²⁰.

Analicemos, a continuación, la conveniencia de apelar, a fin de nominar a nuestra cláusula, a la fórmula “pacto de retrovendo”, así como a sus alternativas, tales como “pacto de retroventa”, “pacto de retrovendición” o, simplemente, la forma abreviada “pacto de retro”.

Desde un punto de vista morfológico, el “ pacto de retrovendo ” se desglosa en el prefijo latino “ -retro ”, que significa “ hacia atrás ”, y en el gerundio simple “ -vendo ”. Por lo tanto, viene a expresar la acción de vender hacia atrás, sentido que da pábulo a una doble interpretación:

1. Puede dejar traslucir que se deshace la venta, lo que en cierto modo se aproxima a la idea que exterioriza la denominación “ pacto de retracto convencional ”, cláusula que permite al vendedor recuperar el derecho transmitido sobre un bien. Sin embargo, tal interpretación lingüística quiebra por fuerza, dado que esa marcha atrás de los efectos generados por la compraventa-base no es absoluta, sino relativa o sui géneris: no se aprecia una retroacción plena o, por decirlo así, perfecta, sino suavizada, una resolución con paliativos. El vendedor, al retraer, no debe abonar intereses, sino únicamente el precio y las demás partidas explicitadas en el artículo 1518 C. C., y el comprador hace suyos los frutos percibidos, pues las partes no están obligadas a devolverse los provechos obtenidos¹²¹.

Cabría entender que los hipotéticos y eventuales intereses fueran compensados con los frutos cosechados por el comprador, ya que sólo se prorratarán los frutos “ si no los hubo al tiempo de la venta y sí al del retracto ” (art. 1519 C. C.).

Además, el retorno a la situación previa a la celebración del contrato-matriz de compraventa, por más que reponga, en gran medida, las cosas a su estado anterior – eliminando *ipso iure*, de forma inmediata y tajante, toda carga e hipoteca impuesta sobre el bien por el comprador mientras obró como *verus*

¹¹⁸ Navarro Pérez, J. L.: *La compraventa* ..., cit., p. 690.

¹¹⁹ Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. p. 353 y 354; Roca Sastre, J. Mª. y Roca – Sastre Muncunill, L.: *Derecho* ..., cit., 8ª edición, tomo V, p. 617.

¹²⁰ S.T.S. de 30 de enero de 1890 – resultando 4º -.

¹²¹ S.T.S. de 26 de mayo de 1951 – considerando 1º -.

dominus del mismo -, no interesa a los arriendos contraídos por éste “de buena fe, y según costumbre del lugar” (art. 1520 C. C.).

2. Acaso quiera evidenciar una segunda venta paralela a la primera, con idénticos sujetos, objeto y causa, pero en sentido opuesto. En ella, el comprador primitivo devendrá vendedor, y el vendedor originario ocupará el otro polo de la relación jurídica: el rol de comprador.

En cualquier caso, los efectos de ambas apreciaciones son idénticos. El comprador readquiere el bien o, mejor dicho, revierte a su esfera económica el derecho transferido sobre el mismo, aunque el mecanismo jurídico es distinto en cada una de las dos tesis. En el primer supuesto, solamente existió un contrato: el de compraventa con pacto de recuperación; en el segundo, dos.

Empero, el pacto de retracto convencional no resulta incardinable en rigor en ninguna de las dos interpretaciones mencionadas. En semejante cláusula negocial sólo concurre, en puridad, el germen de una potencial resolución, la cual, por lo demás, de producirse, sería siempre de efectos atenuados, y dependería *ad libitum* de la voluntad del vendedor, o de quien de él trajera causa. Así pues, no opera, en el supuesto de que se ejercite el derecho de redención, un regreso exacto a la posición jurídica de partida o precontractual, ni se observa la presencia de un segundo contrato neutralizador de los efectos de la venta primera. En realidad, actúa un único contrato que permite al vendedor, gracias al concurso de un pacto accesorio, disponer de un derecho de reincorporación – o si se prefiere, de recuperación, rescate, reintegración, recobro, retorno, etc... -. El derecho en cuestión le otorga a su titular la posibilidad de, a través de un acto jurídico dependiente en su realización del soberano albedrío del retrayente, y mediante el debido cumplimiento de una serie de cargas legalmente fijadas – pago del precio, satisfacción de las mejoras necesarias y útiles acometidas en la cosa, etc... –, recolocar en su activo patrimonial el derecho transmitido con anterioridad por el vendedor al comprador. Ese derecho de reincorporación, utilizado en tiempo y de forma convenientes, hace decaer la propiedad ostentada hasta entonces por el retraído – dominio que transfirió el vendedor con la consumación del contrato-básico –, trocando en algo cumplido y tangible la simple amenaza

temporal de pérdida que pesaba sobre la plena, pero interina, propiedad del comprador o causahabiente.

La figura del "*pactum de retrovendendo*", aunque admitida en Roma (*Código*: 4, 54, 2 y *Digesto*: 19, 5, 12)¹²², fue escasamente contorneada por sus jurisconsultos. Frente a la postura de su derecho clásico, en el que no cabía transmitir la propiedad *ad conditionem*¹²³, en la época justiniana se alteró esta situación¹²⁴, y se consideró – en palabras de Parés¹²⁵ – “que lo que no podía hacerse era limitar *ab initio* la propiedad en las manos del adquirente, de tal modo que no recibiera más que un dominio revocable”.

En consecuencia – continúa escribiendo el mismo autor¹²⁶ – “aquel que al enajenar una cosa quería reservarse el derecho de recuperar su propiedad no podía imponer al que la adquiría más que la obligación condicional de transferírsela”. Sólo disponía, pues, de una acción personal para recobrarla. Así, a tenor de una Constitución de Alejandro Severo que ha pasado al *Código de Justiniano* (4, 54, 3)¹²⁷, en un supuesto de venta con pacto resolutorio, al vendedor únicamente se le reconoce la *actio venditio*, privándosele de forma categórica de la acción reivindicatoria; asimismo, otra Constitución, esta vez rubricada por Diocleciano, descubierta en 1823 por el cardenal Angelo Mai – constituye el número 283 de los Fragmentos Vaticanos¹²⁸ –, relativa a

¹²² *Código de Justiniano* (4, 54, 2): “El Emperador Alejandro, Augusto, a Carisio. – Si tus ascendientes vendieron un fundo con esta condición, que fuese restituido, ya si ellos mismos, ya si sus herederos le hubiesen ofrecido en algún tiempo o dentro de ciertos plazos el precio al comprador, y estando tú dispuesto a cumplir la condición expresada no se atuviese a ella el heredero del comprador, para que se observe la fe del contrato se te dará la acción de lo expresado en las palabras o la de la venta, habida cuenta de lo que después de ofrecida la cantidad en virtud del pacto fue a poder de tu adversario por razón de este fundo. / Dada las Calendas de Septiembre, bajo el consulado de Alejandro, Augusto. “= en *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto*, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral; segunda parte, revisado el texto latino por E. Hermann, *Código*, tomo I, Barcelona, 1892, p. 523.

Digesto (19, 5, 12): “Si el marido vendió a su mujer unos fundos y en la venta se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejase de ser su mujer y él quisiera, se los retransmitiera ella por el mismo precio, creo que ha de darse la acción por el hecho y ello ha de observarse también respecto a otras personas. “= *El Digesto de Justiniano*, tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19, versión castellana por A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García – Garrido y J. Burillo, Pamplona, 1968, p. 732.

¹²³ *Código de Justiniano*: 8, 2, 2.

¹²⁴ *Digesto*: 39, 6, 29 y 13, 7, 13.

¹²⁵ *Venta* ..., cit., p. 444.

¹²⁶ *Venta* ..., cit., p. 444.

¹²⁷ *Código de Justiniano* (4, 54, 3): “El mismo Augusto (Alejandro) a Félix, militar. – El que vendió un predio con esta condición, que, si no se hubiese pagado lo restante del precio dentro de cierto tiempo, revertisese a él, si no se entregó la posesión precaria, no tiene la reivindicación de la cosa, sino la acción de venta. / Dada a 3 de los idus de Julio. “= en *Cuerpo* ..., cit., tomo I, p. 523 y 524.

¹²⁸ *Fragmento Vaticano número 283*: “El mismo (los divinos Diocleciano y Constancio) a Aurelio Carrenón. Si diste como don la propiedad de predios sometidos a tributos con la condición de que después de la muerte el que lo

donaciones, incide en idéntica cuestión, al señalar que “*ad tempus proprietatis transferri nequiverit*”.

Si bien los romanos negaron virtualidad y existencia propias a la condición resolutoria, también idearon la manera de conseguir, en vía mediata, los exactos resultados prácticos que ella pretendía: decidieron transformar cada una de las mismas en la suspensiva opuesta. A un contrato inicial de compraventa se le adicionaba un segundo contrato de igual índole, de efectos antitéticos al primero, con la posición de las partes intercambiada y con idéntico objeto, mas supeditado a condición suspensiva.

Por ello, al efectuarse la retransferencia había de respetar el vendedor los derechos reales y modificaciones impuestos por el adquirente durante el tiempo en el que el bien hubiera permanecido en poder de este último.

Con semejante estado de cosas se llegó a la Edad Media, época en la que se sostuvieron dos construcciones acerca de la naturaleza jurídica del *pactum de retrovendendo*: para la primera, constituía no más que una simple cláusula resolutoria; conforme a la segunda, la que gozó de mayor estimación doctrinal y predicamento en la práctica forense, se articuló como un ejemplo de reventa condicionada suspensivamente, o bien como un simple compromiso de reventa¹²⁹.

De acuerdo con la posición mayoritaria, se aprecia nuevamente la recurrente imagen de un contrato que el pacto desdobra o transforma en dos, bien es verdad que el segundo de los mismos encuentra su despliegue jurídico, en el mejor de los casos, atorado temporalmente. Si se construía como una reventa sujeta a condición suspensiva, tal condición podía no llegar a verificarse y, hasta que se realizara, de cualquier manera, los efectos del segundo contrato estaban detenidos. Si se proyectaba cual mero compromiso de reventa, dicho compromiso debía dejar su lugar a un contrato cabal y definitivo.

De todo lo precedente se colige que la denominación “pacto de

recibió volviera a tí, la donación queda sin efecto porque la propiedad no pudo transferirse para un tiempo determinado. Pero si hiciste recaer el usufructo en aquella contra la que suplicas no hubieras podido enajenar de la propiedad el usufructo. Propuesta al día 5 de los idus de marzo, siendo cónsules Máximo y Aquilino. “ = en *Fragmentos Vaticanos (edición bilingüe)* , traducción de A. Castresana Herrero, Madrid, 1988, p. p. 121 y 123.

¹²⁹ Para profundizar en la cuestión, véanse las páginas 37 a 59 de = Rubio Torrano, E.: *El pacto ...*, cit.

retrovendiendo" y sus variantes próximas "pacto de retroventa" o "pacto de retro", no consueñan con el meollo jurídico de la figura a la que, con acierto, se llama "pacto de retracto convencional", toda vez que parten de una petición de principio, cual es la presencia de un par de contratos: el de venta y el de reventa o retroventa, el haz y su envés; punto de partida inexacto, porque nuestra cláusula, como ya advirtieran García Goyena¹³⁰ y la R. D. G. R. N. de 27 de mayo de 1926 – considerando segundo –, comporta, según fórmula tomada de Pothier¹³¹, un "*distractus potius quam novus contractus*".

Efectivamente el "*pactum de retrovendendo*" – y sus expresiones análogas, cual "pacto de retroventa" o "pacto de retro" –, por un lado, y el "pacto de retracto convencional" – sinónimo de "pacto de rescate" o "pacto de recuperación" –, por otro, amén de las evidentes diferencias fonéticas, encarnan realidades jurídicas bien diferenciadas. El origen de esa bipolaridad de calificativos hay que localizarlo en el surgimiento de las dos teorías medievales expuestas que, partiendo de un tronco común – el *pactum adiectum* romano – lo configuran técnicamente de modo distinto, y provocan la eclosión y convivencia, a partir de entonces, de dos figuras disímiles e independizadas.

La tesis del pacto resolutorio, o de la condición resolutoria, sentó las bases para la paulatina delineación de la institución que hoy conocemos con el nombre de "pacto de retracto convencional" – "de recuperación", "de rescate", etc... -. Ocasionaba la cláusula, así interpretada, la cual empezó a ser calificada como *pactum recobrii* – *resolvens, francandi*, etc...¹³², el nacimiento de un derecho de readquisición de efectos o con transcendencia real – hoy lo corrobora el artículo 1510 del Código Civil –, merced al juego de una especie de condición resolutoria (de corte potestativo) atributiva de una facultad de recobrar lo enajenado, poder jurídico que permitía hacer retornar automáticamente la propiedad del bien al vendedor o a sus sucesores o derechohabientes, obrando entonces todo como si la venta no hubiera

¹³⁰ García Goyena, F., *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 415.

¹³¹ *Oeuvres de Pothier annotées* ... par M. Bugnet, deuxième édition conforme à la première, tome troisième, Paris, 1861, n° 411, p. 172.

¹³² Vid. Roca Sastre, R. Mª. y Roca – Sastre Muncunill, L.: *Derecho* ..., cit., 8ª edición, tomo V, Barcelona, p. p. 632 y ss.

acaecido (*res inempta sit*).

A la segunda interpretación, esto es, al entendimiento de la cláusula como un simple compromiso de reventa, o bien como una reventa condicionada suspensivamente, le cuadra a la perfección la denominación “*pactum de retrovendendo*”, “pacto de retroventa” y similares. Ese pacto crea, asimismo, un derecho de readquisición de lo vendido en beneficio del transmitente, pero con un simple efecto obligacional o personal. Atribuye una mera facultad de recomprar o retrocomprar. Supone, en el marco de la venta originaria, ya una promesa de venta futura acatada por el comprador - en manos de quien despunta únicamente una obligación de revender, de otorgar un *contractus novus* -, ya una segunda venta, neutralizadora de la primitiva, con los efectos jurídicos paralizados - en suspenso - por el momento.

El requerimiento del vendedor - o de su causahabiente - hace brotar en el comprador una obligación de retransmitir la cosa enajenada (*teneatur retrovendere*). A dicha modalidad, por su mayor fidelidad al precedente latino, es a la que debe reservarse el nombre de “pacto de retrovendendo”, “de retroventa” o “de retro”.

Más atentos y precisos en este punto se han mostrado los juristas transalpinos, quienes en compacto y armónico bloque¹³³ se pronuncian a favor de distinguir con nitidez las dos figuras - “*patto di riscatto convenzionale*” y “*patto di retrovendita*” - habitualmente identificadas en España tanto en el pasado cuanto en el presente¹³⁴, salvo por un reducísimo número de autores¹³⁵.

En el pacto de retracto convencional, el rescatador recobra, en virtud de una nueva declaración de voluntad - generadora de un acto jurídico -, la propiedad que transmitió, sin necesidad de recurrir a un nuevo contrato. En

¹³³ P. ej.: Branca, G.: *Istituzioni di Diritto Privato*, sexta edizione, Bologna, 1982, p. 483; De Cupis, A.: *Istituzioni di Diritto Privato*, terza edizione aggiornata, Milano, 1983, p. 378; Carpino, B.: *La vendita con patto di riscatto*, en Trattato di Diritto Privato diretto da P. Rescigno, 11, tomo terzo, ristampa, Utet, Torino, 1989, p. 266; Mirabelli, G.: *I singoli contratti (artt. 1470-1765 c. c.)*, terza edizione rielaborata e aggiornata, Utet, Torino, 1991, p.p. 137 y 138; Bianca, M.: *La vendita e la permuta*, en Trattato di Diritto Civile italiano, sotto la direzione di F. Vassalli, volume settimo, tomo primo, seconda edizione, Utet, Torino, 1993, p. p. 676 a 678; Alpa, G.: *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, Torino, 1997, p. 955; etc ...

¹³⁴ Vid. las notas 102 a 111.

¹³⁵ Ondovilla y Durán, A.: *Naturaleza ...*, cit., p. 267; De Fuenmayor Champín, A.: *La revocación ...*, cit., p. 113; Navarro Pérez, J. L.: *La compraventa ...*, cit., p. 690; Roca Sastre, R. Mª. y Roca - Sastre Muncunill, L.: *Derecho ...*, cit., octava edición, tomo V, p. 633.

cambio, en el pacto de retroventa, sólo se aprecia una promesa de reventa que origina un derecho de opción de compra; “el comprador – razona agudamente De Fuenmayor¹³⁶ - se compromete a volver a vender, en determinadas circunstancias, la cosa comprada al vendedor, de modo que habrá dos contratos de compraventa distintos, que no tienen más nexo que la promesa entre las partes, en cuya virtud se cambian las titularidades de ambos, pues quien en el primer contrato era vendedor pasará a ser comprador y viceversa, en el momento de cumplirse la promesa entre ellos concertada”.

En el pacto de retroventa, el originario vendedor volverá, en su caso, a disfrutar de la propiedad del bien, pero no recobrará el mismo dominio, sino otro diferente; será propietario, de nuevo, mas no por mediación del propio título por el que transmitió, y sí a través de un contrato adicional. No revive, en suma, el primitivo dominio; antes bien, se sustituye por uno nuevo que con el primero no guarda otra semejanza que la identidad del sujeto y del objeto.

En el pacto de retracto convencional, tan pronto como se ejercita triunfantemente el rescate, el dominio transmitido, en su día, sobre la cosa al comprador decae, incluso contra la voluntad del actual dueño del bien. La existencia misma del derecho de recuperación coloca en un principio al comprador, y con carácter derivativo a sus causahabientes y cesionarios, en una situación de sujeción respecto al vendedor y los suyos, de forma que la permanencia de la propiedad que ostentan aquéllos se halla supeditada a la posible utilización del *ius redemptionis* por su titular. Por el contrario, en el pacto de retroventa, a fin de recobrar el bien, es menester una declaración de voluntad del comprador, algo a lo que se obligó y que, en el supuesto de incumplimiento, la única consecuencia que acarrea es la posibilidad, atribuida al vendedor, de requerirle el resarcimiento del daño ocasionado.

El pacto de retracto convencional es una modalidad típica caracterizada en los artículos 1507 y siguientes del Código, mientras que el pacto de retroventa no recibe tratamiento positivo, aunque puede concertarse al amor de las directrices generales que presiden el régimen de la contratación, favorables a la libre estipulación de cláusulas que no atenten contra la ley, la

¹³⁶ *La revocación ...*, cit., p. 113.

moral o el orden público.

El pacto de retracto convencional produce una acción real (artículo 1510 C. C.), dirigible tanto frente al comprador y sus causahabientes, como contra cualquier ulterior adquirente de la cosa, siempre con el debido acatamiento a la sólida posición jurídica del tercero hipotecario del artículo 34 L. H.¹³⁷. De modo diverso, el derecho que dimana del pacto de retroventa es de naturaleza *personal u obligacional: compele al comprador a revender, si bien no es de por sí bastante este pacto para, en ausencia de una nueva declaración de voluntad de tal comprador, hacer readquirir al vendedor la propiedad del bien*. En cambio, la activación del *ius retrahendi* sólo necesita la declaración de voluntad del vendedor; es más, cabe que se verifique la redención incluso contra la voluntad del comprador – retraído –.

El pacto de retracto convencional ha de estipularse en el momento de concluirse la compraventa-base, relación temporal que debe interpretarse no en el sentido de forzosa simultaneidad, sino en el de unidad funcional entre el contrato y la cláusula negocial, por más que el uno y la otra puedan registrarse en documentos separados. Lo nuclear es que las partes, ya en el instante de la celebración de la compraventa, deseen facilitar al vendedor el derecho de recuperación. Por consiguiente, si se quiebra la mentada unidad funcional entre ambos elementos interconectados, se transfiere al comprador una propiedad plena y definitiva, no nimbada de nota inicial alguna de transitoriedad. No cabe hablar, pues, en tal caso, de pacto de retracto convencional, y sí de uno de retroventa, que se traduce, por parte del comprador, en una obligación de hacer – consistente en retransmitir al vendedor el mismo bien –.

Como se señaló, el pacto de retracto convencional encierra un derecho de trascendencia real, que una vez utilizado opera con eficacia *ex tunc*, y que debe ser actuado dentro de un término perentorio, pasado el cual fenece por caducidad. En el pacto de retroventa, en lugar de lo antedicho, el derecho reconocido al vendedor sólo posee virtualidad obligatoria o personal, de suerte que no se permite su oponibilidad frente a terceros adquirentes, y no produce

¹³⁷ si se trata de un bien mueble, *vid. infra* el epígrafe 5.6.

su actuación sino efectos *ex nunc*, amén de no hallarse constreñido en su empleo, necesariamente, por las estrictas acotaciones temporales recogidas en el artículo 1508 del Código Civil.

Desde otro punto de vista, si el derecho surgido del pacto de retroventa cabe estipularlo a favor de un tercero ajeno a la compraventa primaria, el *ius redemptionis* generado por la cláusula de retracto convencional es incompatible con ese extremo: el titular inicial del derecho rescatador ha de ser, por definición y con carácter indisponible, el vendedor. A tal respecto, la S. T. S. de 3 de marzo de 1995 – fundamento de derecho tercero – declara que: “ el artículo 1507 (...) se refiere exclusivamente a la compraventa con pacto de retracto entre vendedor y comprador de la cosa... ”

En el pacto de retracto convencional, transcurridos los términos de caducidad previstos – de modo legal o convencional – para la actuación del derecho de rescate sin ejercitarlo, u operada que sea la renuncia al mismo, el dominio del comprador adquiere *ipso iure* – desprendiéndose de su interinidad – índole definitiva. Mas nada impide que el comprador, después de extinguirse el derecho retractual, cuando ya no se encuentre en situación de ser constreñido a abandonar la propiedad de la cosa, pueda, si así lo desea, revender directamente – sin mediar pacto preparatorio alguno – el bien al vendedor, o que, incluso, concierte un pacto de retroventa con éste.

Por otra parte, cuando en una compraventa orfebrada con el pacto de rescate convencional el retrayente se resuelve a recuperar, los gastos del contrato son de su cuenta, y le incumbe abonar, también, las mejoras útiles y necesarias realizadas en la cosa por el comprador y/o sus herederos y cesionarios (artículo 1518 C. C.). Situación harto diferente se observa, en relación con el pacto de retroventa, en la hipótesis de que dicha cláusula se traduzca, al fin, en un segundo contrato de venta, en cuyo caso los gastos acometidos en el bien desde la consumación del contrato primero hasta entonces corresponden al ahora revendedor – comprador en la venta primitiva –, y los propios de la reventa se atribuyen, dado que tal reventa constituye una venta adicional, pero venta al cabo, según las reglas generales disciplinadoras de este contrato: los de entrega de la cosa le conciernen al

revendedor y los de transporte o traslación de la misma al recomprador – salvo estipulación especial – (artículo 1465 C. C.), los de otorgamiento de escritura se adjudican al revendedor (artículo 1455 C. C.), etc...

La jurisprudencia, en lo atañedor a la presente cuestión, como en otros tantos aspectos relativos al ámbito terminológico, se ha mostrado escasamente precisa en sus apreciaciones, aunque suele identificar el pacto de retracto convencional con el de retroventa. Entre los escasos pronunciamientos que, con mayor o menor acierto, se arriesgan a trazar ciertas notas distintivas entre ambas cláusulas, es dable referirse a los siguientes:

La singular S. T. S. de 23 de mayo de 1944, que comienza por equiparar los dos pactos mencionados para, a su vez, diferenciarlos del compromiso de volver a vender. Señala, de forma epigramática, como criterio nuclear de separación – en su considerando tercero – el hecho de que suponga o no un pacto anejo al contrato-básico, pues el mero compromiso de volver a vender encierra no más que una obligación autónoma respecto a dicha venta primera.

En la S. T. S. de 28 de enero de 1946 se distingue el pacto de retroventa de una “ facultad de rescate ” que, lejos de aludir al derecho de retracto convencional, se refiere a un derecho de que disfruta el transmitente de cara a la reintegración a su patrimonio de las fincas cedidas en garantía del pago de un débito. En el considerando sexto razona que: “el señor V. (el cedente)... usando de su derecho en tiempo y forma y restituyendo lo que percibió, pudo reintegrar a su patrimonio, no – como se dice –, las fincas vendidas con pacto de retro, sino las irrevocablemente transmitidas en pago de una deuda existente y de la asunción del pasivo del que transmitió; ni cabe confundir el pacto de retroventa ni el comisorio, con la reserva de una facultad de rescate, obligada consecuencia de la fiducia y ejercitable sin ninguna adición que justamente pueda reputarse usuraria o leonina,...”

La S. T. S. de 6 de marzo de 1947 contempla un supuesto en que un primer contrato de venta “ en firme ” coexiste con un pacto posterior de nueva venta, “ por ser perfectamente conciliables ambos negocios jurídicos ” - considerando segundo -. Por medio de ese convenio el

comprador se obligó a retransmitir al inicial enajenante, por el precio de 45.000 pesetas¹³⁸, las fincas que este último le había vendido dos días antes mediante escritura pública – considerando primero –.

Acierta plenamente la Sentencia cuando, a partir de su relación respectiva con la compraventa-base, esboza en su considerando tercero la distinción entre el “pacto de retracto convencional” y la “promesa de venta”: el primero, sólo encajable al tiempo de la perfección del contrato; la segunda, posteriormente al mismo.

A continuación, la descollante R. D. G. R. N. de 27 de marzo de 1947 enumera, en el seno de su considerando segundo, las notas basamentales que separan el pacto de retracto convencional del “simple compromiso o promesa de venta”:

1. Tomando como punto de referencia el contrato-cimiento de compraventa, la presencia de la promesa de venta no afecta en absoluto al dominio transmitido al comprador, puesto que se le transfiere “total y definitivamente, sin ninguna reserva ni limitación”; por el contrario, en el caso de concurrir un pacto de rescate convencional, al comprador se le traspaşa un dominio pleno, si bien por ahora no definitivo.

2. El compromiso o la promesa de venta sugiere sólo “un vínculo obligacional entre los contratantes y sus herederos”, mientras que la cláusula de retracto convencional puede afectar, asimismo, a terceros adquirentes del bien, incluso aunque en el segundo o ulteriores contratos no se hubiere hecho mención a la existencia del derecho de recuperación (artículo 1510 C. C.)

3. El derecho de retracto convencional es utilizable no más que hasta la expiración del término estipulado al efecto, ora por las partes, ora de forma subsidiaria por la ley, período temporal que – bajo ningún concepto – cabe que rebase la década (artículo 1508 C. C.). En cambio, en la simple promesa de venta no interviene esa estricta limitación temporal: es más, en el caso analizado por la Sentencia “existe una absoluta indeterminación en cuanto al plazo para el ejercicio del derecho concedido a la vendedora”.

¹³⁸ Existen – refleja el considerando segundo – discrepancias acerca de cuál fue el precio de la primitiva venta (30.500 o 35.000 pts) que no quedan resueltas.

La S. T. S. de 28 de junio de 1961, en su considerando sexto, argumenta, de forma poco afortunada, que “el pacto de retracto” introduce el germen de una nueva venta, y viene a vincular al adquirente a la “obligación de venderlas (las fincas transferidas) nuevamente con posterioridad al mismo transmitente o vendedor por el precio de adquisición más el abono de los gastos legítimos, requisitos inherentes y que configuran el retracto convencional según el artículo 1507 del Código Civil”. La única diferencia que concibe entre la cláusula de rescate convencional y lo que ella llama “contrato de promesa de venta” se cifra en atender al instante temporal de su estipulación: simultáneo o posterior a la venta originaria.

Dieciséis años después, la S. T. S. de 10 de julio de 1987, en su fundamento de derecho primero, afirma con acuidad, en apoyo de los desacertados postulados esgrimidos por la precedente de 1961, sobre la base de lo señalado en la segunda instancia – “a la que corresponde la calificación de los contratos” – que, con ocasión de la cláusula de retracto convencional, aparece una obligación del comprador de revender. Reza así: “mal puede atribuirse tal calificativo (ilógicas) a las conclusiones a que llega la resolución recurrida cuando, tras de examinar el apartado segundo del referido convenio de mil novecientos setenta y nueve en el que se dispone que el Sr. G. de la B. (el inicial comprador) se compromete, hasta la fecha tope de treinta de junio de mil novecientos ochenta a revender la vivienda adquirida por el precio resultante de la primera venta, más los gastos de la primera transmisión, a Don Guillermo G. C. (originario vendedor), califica de pacto de retroventa o *retracto convencional al convenio a que las partes llegaron...*”.

Para concluir, interesa mencionar el sucinto y desatinado pronunciamiento contenido en el fundamento de derecho cuarto de la S. T. S. de 25 de abril de 1992, en el cual se lee que “la figura del retracto convencional, que es la denominación que utiliza el Código Civil (es), en adecuada precisión jurídica, el pacto por medio del cual el primitivo vendedor tiene derecho a recuperar o retraer la cosa enajenada si el comprador quiere volver a venderla”, y “el efectivo pacto de retro... autoriza (a) recobrar lo transmitido por la simple voluntad del vendedor y subordinación a las condiciones que se hubieran estipulado”.

No se muestra certero el dictamen del Alto Tribunal, puesto que el artículo 1507 C. C., al caracterizar el retracto convencional, no impone esa pretendida nota restrictiva, a tenor de la que sólo podría rescatarse la *res vendita* si el comprador decidiese a su vez venderla: sería dicho supuesto jurídico un derecho de recompra preferente en favor del primitivo enajenante, el cual se traduciría en lo que, según la terminología postulada en este trabajo, se ha dado en llamar "retracto voluntario". A efectos del ejercicio del retracto convencional, es de todo punto intrascendente que el comprador inicial enajene o no la cosa.

1.3. El contrato-base:

Luego del análisis del pacto, se accede, como tercer y último elemento del examen terminológico, al contrato-base.

El repaso de las denominaciones debe iniciarse con la expresión "venta a carta de gracia", que goza desde antiguo de gran arraigo en Cataluña, así como en Aragón y Valencia, pero que ha sido aceptada y empleada en toda España¹³⁹, o su variante "venta de gracia"¹⁴⁰. La "venta a carta de gracia" recibe semejante apelativo "por depender su duración – aduce Sala¹⁴¹ – de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió". Se encomienda, pues, al arbitrio del vendedor decidir la permanencia o no del comprador en el dominio adquirido por éste.

En sentido análogo, también ha sido calificada de "venta al quitar", toda vez que se le confiere al vendedor, por su intermediación, el mecanismo para desencadenar *ex uno latere* la extinción del contrato y reponer – a excepción del mantenimiento de los arriendos suscritos de buena fe – las cosas al estado anterior a la venta.

De cualquier forma, la peculiar "venta a carta de gracia" catalana,

¹³⁹ A modo de ejemplo – Santamaría, V.: *Algo sobre ...*, cit., p. 68; Sapena Tomás, J.: *Actualidad de la fiducia cum creditore. (Problemas de la carta de gracia)*, en R. D. N., Madrid, 1957-II, p. 132; Lalaguna Domínguez, E.: *Estudios ...*, cit., p. 205; García Cantero, G.: *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 546; Lasarte Álvarez, C.: *Principios ...*, cit., tomo 3º, 3ª edición, p. 211.

¹⁴⁰ Salinas Quijada, F.: *Derecho Civil ...*, cit., tomo IV, volumen 2º, p. 217.

¹⁴¹ *Ilustración ...*, cit., tomo I, 3ª edición, p. 288.

disciplinada en los artículos 326 y siguientes de su Compilación, difiere notablemente del típico pacto de retracto convencional del Código Civil, de tal manera que estaría contraindicada la extensión de aquella fórmula para nombrar a la venta taraceada con la cláusula rescatadora.

La crucial S. T. S. de 8 de marzo de 1951, en su considerando segundo, reduce las desemejanzas entre ambas instituciones a dos: primero, la inaplicación a la figura catalana de la acotación temporal máxima del artículo 1508 C. C., puesto que el “derecho de luir y quitar” puede mantenerse vivo durante treinta años; segundo, una diferencia “más diluida y menos justificada”, consistente en que el precio de la venta a carta de gracia o “*empenyament*” suele ser inferior hasta en dos tercios al valor real de lo vendido, circunstancia que no concurre de ordinario en el retracto convencional.

Además, el pacto de rescate no provoca la existencia de un dominio dividido; antes bien, el dominio, a pesar de no gozar aún de carácter definitivo y hallarse sujeto a la nota de retornabilidad, es único y pleno, y le corresponde – tan pronto como se efectúa la tradición – al comprador. Diversamente, en la figura catalana la propiedad se desdobra en el dominio que se le transfiere al adquirente, por un lado, y el derecho de luir y quitar, por otro.

Confluye, asimismo, otra diferencia: la compraventa a carta de gracia es un contrato nominado, en cuyo seno se inserta estructuralmente una condición resolutoria, acarreado el surgimiento de un contrato especial; la compraventa con el pacto de recuperación, por el contrario, continúa siendo una compraventa ordinaria o estándar, a la que se le agrega una cláusula típica. La adición de nuestro pacto al contrato-soporte no lo transforma en un contrato especial: continúa siendo una sencilla y estereotipada compraventa, si bien afectada exteriormente por el derecho que nace de las entrañas del convenio.

Mas no todo han de ser diferencias entre las dos figuras, y resulta factible encontrar puntos de conexión, tales como un origen común y una finalidad coincidente, conforme recoge el considerando segundo de la ya mentada e imprescindible S. T. S. de 8 de marzo de 1951. Ambas provienen del mismo precedente: “ derivan del pacto romano de “ retrovendendo ”, aunque con características especiales tanto en Castilla como en Cataluña”, y

las dos " van encaminadas a facilitar al vendedor la recuperación de lo vendido, mediante la devolución del precio, gastos y mejoras al comprador ". Sin olvidar que, en ambas, la índole de la acción que se atribuye al vendedor para recobrar es real.

Por lo demás, la utilización del calificativo " venta a carta de gracia " no ha sido siempre homogénea. Cabe, en este sentido, apuntar las dos corrientes siguientes:

1. A veces, se ha procedido a identificar la misma con el retracto convencional, siendo la una un contrato, y el segundo, lejos de serlo, supone un pacto o un derecho¹⁴².

2. Conforme a la otra línea, se postula que las denominaciones "venta a carta de gracia" y "venta con pacto de retro" (debería hablar de "venta con pacto de retracto convencional", dado que se refiere a la cláusula de los artículos 1507 y siguientes del Código) son equiparables¹⁴³. Esta segunda opinión constituye la lógica e indefectible consecuencia de la identificación preconizada entre el "pacto de retro" (recte: "pacto de rescate convencional") y la "carta de gracia"¹⁴⁴.

Por otra parte, y de conformidad con lo expuesto folios atrás al examinar los calificativos esgrimidos para el pacto, un copioso cuerpo doctrinal y jurisprudencial, abundando en la elección terminológica practicada entonces, se complace en defender ahora, ya en el terreno del contrato-base, denominaciones tales como: "compraventa con pacto de retrovendendo"¹⁴⁵, "compraventa con pacto de retroventa"¹⁴⁶, o bien sus variantes próximas

¹⁴² García Martínez, F.: *Derecho Civil* ..., cit., p. 342; Puig Peña, F.: *Tratado* ..., cit., tomo IV, volumen II, 2ª edición, p. 157; Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente. Comentario a la S. T. S. de 3 de abril de 1981*, en A. D. C., Madrid, 1983 (I), p. 304; García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 546; etc...

S. T. S. de 24 de junio de 1911 – resultando tercero –.

¹⁴³ Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. M.: *Elementos* ..., cit., tomo segundo, 10ª edición, p. 305; Badenes Gasset, R.: *El contrato* ..., cit., tomo II, 3ª edición, p. 849.

S. T. S. de 7 de diciembre de 1925 – resultando tercero –.

Vid. el art. 107, 7º L. H.

¹⁴⁴ Tesis que aducen, entre otros: García Goyena, F.: *Concordancias*..., cit., tomo III, p. 415; Oyuelos, R.: *Digesto* ..., cit., tomo VI, p. 272; Salinas Quijada, F.: *Derecho Civil* ..., cit., tomo IV, volumen 2º, p. p. 191, 192, 194, 195, 197, etc...

¹⁴⁵ Royo y Murciano, J. Mª.: *Las cartas de gracia* ..., cit., p. 501; Parés, S.: *Venta* ..., cit., p. 440; Sapena Tomás, J.: *Actualidad* ..., cit., p. 155; Rubio Torrano, E.: *El pacto* ..., cit., p. 40.

¹⁴⁶ García Fernández, J.: *Contra la usura* ..., cit., p. 276; Rivarola, R.: *Instituciones de Derecho Civil Argentino*, 2ª edición, tomo 2º, Buenos Aires, 1941, p. 24; Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil* ..., cit., tomo IV, 15ª edición, p. 168.

"venta con pacto de retro"¹⁴⁷ – o más genéricamente "enajenación con pacto de retro"¹⁴⁸ –, "venta a pacto de retro"¹⁴⁹, "venta con pacto de retro convencional"¹⁵⁰, "compraventa bajo pacto de retro"¹⁵¹, "compra a pacto de retro"¹⁵², "venta a retro"¹⁵³, "venta con retro"¹⁵⁴ – fórmulas estas que, en virtud de su sólido arraigo en la doctrina, jurisprudencia y hasta en la ley, utilizaré ocasionalmente en el futuro con fines estilísticos, al intento de no repetir demasiado la expresión "venta con pacto de retracto convencional" –, al igual que "contrato con pacto de retrocesión"¹⁵⁵.

Ss. T. S. de 25 de octubre de 1924 – considerando 1º -, 7 de enero de 1944 – considerando cuarto de la primera sentencia -, 17 de mayo de 1955 – considerando tercero -, Rs. D. G. R. N. de 27 de enero de 1900 – considerando segundo -, 7 de octubre de 1943 – resultando 3º -, 5 de junio de 1991 – fundamento de derecho cuarto -.

¹⁴⁷ Verbigracia: Parés, S.: *Venta* ..., cit., p. p. 448, 451 y 452; Sapena Tomás, J.: *Actualidad* ..., cit., p. 155; Badenes Gasset, R.: *El contrato* ..., cit., tomo II, 3ª edición, p. p. 849 y 855; Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen 1º, 6ª edición, p. 430; Torres Lana, J. A.: *Contrato y derecho de opción*, 2ª edición, Madrid, 1987, p. 5; Albaladejo García, M.: *Derecho civil*, cit., tomo III, volumen 2º, 8ª edición, p. 388; O'Callaghan Muñoz, X. y Pedreira Andrade, A.: *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, 3ª edición, Madrid, octubre de 1995, p. 739, etc...

Ss. T. S. de 3 de diciembre de 1864 – considerando 5º -, 3 de enero de 1872 – considerando 1º -, 24 de febrero de 1874 – considerando 5º -, 9 de febrero de 1878 – considerando 2º -, 21 de noviembre de 1882 – resultando 1º -, 11 de junio de 1887 – resultando 9º -, 19 de mayo de 1896 – resultando 1º -, 10 de noviembre de 1899 – considerando 3º -, 18 de enero de 1900 – resultando 1º -, 16 de octubre de 1906 – resultando 3º -, 18 de marzo de 1911 – considerandos 1º y 2º -, 14 de junio de 1920 – considerando 1º -, 7 de diciembre de 1925 – resultando 3º -, 2 de enero de 1928 – considerandos 5º y 6º -, 27 de enero de 1928 – considerando 4º -, 29 de febrero de 1928 – resultandos 5º y 9º -, 13 de octubre de 1934 – considerando 4º -, 9 de abril de 1941 – considerando 2º -, 20 de mayo de 1943 – considerando 6º -, 12 de julio de 1943 – considerandos 1º, 2º y 3º -, 7 de enero de 1944 – considerando 3º -, 1 de junio de 1944 – considerando 1º -, 28 de enero de 1946 – considerando 6º -, 7 de febrero de 1948 – considerandos 5º y 6º -, 14 de diciembre de 1949 – considerando 2º -, 23 de diciembre de 1954 – hechos -, 24 de marzo de 1956 – considerando 1º de la 1ª sentencia -, 8 de marzo de 1957 – considerandos 1º y 3º -, 23 de marzo de 1957 – considerandos 1º y 4º -, 12 de abril de 1957 – considerando 1º -, 28 de mayo de 1957 – considerandos 1º y 4º -, 14 de noviembre de 1957 – considerando 4º -, 8 de mayo de 1958 – considerando 1º -, 7 de marzo de 1959 – considerando 1º -, 27 de octubre de 1960 – considerando 1º -, 14 de diciembre de 1966 – considerando 4º -, 3 de abril de 1968 – considerando 1º -, 10 de mayo de 1968 – hechos -, 23 de marzo de 1972 – considerando 1º -, 6 de mayo de 1972 – considerando 1º -, 3 de mayo de 1976 – considerando 1º -, 5 de julio de 1982 – considerandos 1º, 4º y 5º -, 22 de diciembre de 1988 – fundamentos jurídicos 7º y 17º -, 19 de mayo de 1989 – fundamento jurídico 1º, 3º y 4º -, 19 de septiembre de 1997 – fundamento jurídico 1º -, 17 de marzo de 1998 – fundamento jurídico 3º -.

Rs. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1879 – resultando 1º -, 27 de enero de 1900 – resultandos 3º, 4º y 5º -, 6 de mayo de 1902 – resultando 1º -, 24 de mayo de 1905 – resultando 1º -, 5 de septiembre de 1906 – resultando 3º -, 26 de mayo de 1925 – resultando 6º -, 13 de diciembre de 1934 – resultando 11º -, 7 de octubre de 1943 – resultando 8º -, 5 de junio de 1991 – fundamento jurídico 4º -, 18 de octubre de 1994 – fundamentos jurídicos 1º, 3º y 4º -.

Vid. la ley 593 Comp. Nav.

¹⁴⁸ R. D. G. R. N. de 27 de agosto de 1863.

¹⁴⁹ Camy Sánchez – Cañete, B.: *Problemas de Derecho Privado y sus Dictámenes*, 3ª edición, Pamplona, 1992, p. 32; De la Iglesia Monje, Mª. I.: *El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado*, en R. C. D. I., núm. 644, Madrid, 1998, p. 99.

Ss. T. S. de 11 de junio de 1887 – resultando 6º -, 29 de febrero de 1928 – resultando 15º - y 4 de junio de 1982 – considerando 4º -.

¹⁵⁰ Santamaría, V.: *Algo sobre* ..., cit., p. 68.

¹⁵¹ Casals Coldecarrera, M.: *El pacto* ..., cit., p. p. 41 y 42.

¹⁵² Camy Sánchez – Cañete, B.: *Concordancias* ..., cit., p. 412.

¹⁵³ Santamaría, V.: *Algo sobre* ..., cit., p. 68; Parés, S.: *Venta a* ..., cit., p. 452; Salinas Quijada, F.: *Derecho civil* ..., cit., tomo IV, volumen 2º, p. 187.

R. D. G. R. N. de 27 de enero de 1900 – resultando 4º -.

¹⁵⁴ R. D. G. R. N. de 27 de mayo de 1926 – resultando 8º -.

¹⁵⁵ De Otto y Crespo, N.: *¿Cuánto tiempo dura* ..., cit., p. 241.

O, incluso, apuntando a los sujetos intervinientes en el contrato engalanado con el pacto, citan al "comprador a retro"¹⁵⁶, "comprador con pacto de retro"¹⁵⁷, el "que vende con pacto de retroventa"¹⁵⁸, el "vendedor con pacto de retro"¹⁵⁹, "el vendedor a pacto de retro"¹⁶⁰, "el comprador con pacto de retroventa"¹⁶¹; o, con motivo del ejercicio del rescate, se refieren al "vendedor que retrocompra"¹⁶² o el "comprador que retrovende"¹⁶³.

En todo caso, y en armonía con las razones declaradas al comentar el sinfín de apelativos ideados para citar al derecho de recuperación y al pacto que lo guarece, a la hora de hablar del contrato-base con el acompañamiento de esa cláusula, se recomienda la denominación con reminiscencias italianas "venta con pacto de rescate"¹⁶⁴ – o bien "venta con pacto de recuperación", "venta con pacto de retorno", "venta con pacto de recobración"¹⁶⁵, "venta con pacto de reincorporación", etc... –, así como la de "compraventa con pacto de retracto"¹⁶⁶, "compraventa con pacto de retraer"¹⁶⁷, "compraventa con pacto convencional de retracto"¹⁶⁸ o "venta con retracto"¹⁶⁹.

Empero, aun reconociendo la pertinencia jurídica de tales calificativos,

¹⁵⁶ R. D. G. R. N. de 6 de octubre de 1925 – resultando 4º –.

¹⁵⁷ Ss. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – considerando 1º – y 20 de febrero de 1930 – considerando 1º –, y R. D. G. R. N. de 27 de agosto de 1863 – considerando 2º –.

¹⁵⁸ García Goyena, F., *Concordancias...*, cit., tomo III, p. 418; Gete – Alonso Calera, M. C. (coordinadora): *Cuadernos de Teoría y Práctica de Derecho Civil*, Derecho Civil III, Madrid, 1991, p. 150; Albaladejo García, M.: *Derecho civil...*, cit., tomo III, volumen segundo, 8ª edición, p. 388.

¹⁵⁹ Scaevola, Q. M.: *Código civil...*, cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 395.

Ss. T. S. de 25 de noviembre de 1873 – resultando 1º –; Rs. D. G. R. N. de 18 de junio de 1898 – resultando 1º – y 6 de mayo de 1902 – resultando 1º –.

Vid. el art. 1514 C. C.

¹⁶⁰ R. D. G. R. N. de 27 de julio de 1891 – considerando primero –.

¹⁶¹ Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios...*, tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 463.

R. D. G. R. N. de 14 de enero de 1876 – considerando segundo –.

También recogía esta denominación el a. 1442 del Proyecto de 1851, y la reproduce el a. 1513 C.C.

¹⁶² Santos Briz, J.: *Derechos reales...*, cit., p. 339.

¹⁶³ De Diego, F. C.: *De la naturaleza...*, cit., p. 143.

¹⁶⁴ Macedo, P., al traducir la 6ª ed. latina de la obra de G. Branca: *Instituciones de Derecho Privado*, México, 1978, p. 410. Acoge, pues, en lengua española, una terminología de acuñación transalpina.

¹⁶⁵ S. T. S. de 18 de mayo de 1963 – considerando segundo –.

¹⁶⁶ Parés, S.: *Venta a...*, cit., p. 448; Oyuelos, R.: *Digesto...*, cit., tomo VI, p. 273; Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios...*, cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 461; Sapena Tomás, J.: *Actualidad...*, cit., p. 132; Puig Brutau, J.: *Fundamentos...*, cit., tomo II, volumen II, 2ª edición, p. 213; Lete del Río, J. M.: *Derecho de obligaciones*, volumen III, 2ª edición, Madrid, 1995, p. 61.

Ss. T. S. de 25 de octubre de 1924 – considerando 3º –, 7 de diciembre de 1925 – considerando 2º –, 29 de octubre de 1926 – considerando 3º –, 20 de mayo de 1943 – considerando 4º –, 31 de marzo de 1944 – considerando 3º –, 24 de marzo de 1956 – considerando 1º de la primera Sentencia –.

¹⁶⁷ S. T. S. de 13 de octubre de 1934 – considerando 2º – y R. D. G. R. N. de 15 de junio de 1915 – resultando 1º –.

¹⁶⁸ S. T. S. de 8 de marzo de 1957 – considerando 1º –.

¹⁶⁹ Scaevola, Q. M.: *Código...*, cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 377.

quizá convendría – por cuanto el empleo del término “retracto” para aludir al derecho real de adquisición preferente de origen legal, y a su réplica voluntaria, se halla consagrado legalmente, y es aceptado por unanimidad tanto desde el sector doctrinal cuanto del jurisprudencial -, ya adosar a ese sustantivo el adjetivo “convencional”, y así manejar la expresión “venta con pacto de retracto convencional”¹⁷⁰, ya – y como quiera que el convencional es el retracto por antonomasia – invocar la prolija fórmula “venta con pacto de retracto propiamente dicho”.

¹⁷⁰ La S. T. S. de 8 de marzo de 1957, en su considerando primero, lo tilda de “contrato de compraventa con pacto convencional de retracto”.

CAPÍTULO II:

CONFIGURACIÓN DEL PACTO DE RETRACTO CONVENCIONAL, CONTINENTE JURÍDICO DEL *IUS REDEMPTIONIS* :

2.1. Definición propuesta y desglose de sus términos. Notas del derecho de redención procreado:

La lectura conjunta de los artículos 1507 y 1518 del Código Civil español posibilita extraer, inicialmente, la siguiente definición del pacto de retracto convencional:

“Es el convenio establecido con ocasión de la compraventa¹ en favor del vendedor, y que permite a éste, durante un determinado tiempo, ejercitar un derecho de recuperación de la cosa enajenada frente al comprador o ulterior poseedor que traiga su derecho de este último, mediante la devolución del precio de venta y otros desembolsos legítimos²”.

Supone, en primer lugar, un convenio, una cláusula añadida con carácter libérrimo a la compraventa, ya que “los contratantes pueden exigirse mutuamente ciertos requisitos accidentales que a modo de pactos se expresan y que, no siendo contrarios a la moral, al derecho y al orden público, forman parte del contrato y hay que cumplirlos en la forma y manera en que fueron pactados³”.

Tamaño pacto se establece con carácter simultáneo o, dicho con un vocablo muy utilizado por la doctrina italiana, coetáneo a la compraventa. Es menester, por lo tanto, que cuando se concierte el contrato-base se contemple ya la inclusión en su seno del pacto; en una palabra, que nuestra cláusula retractual se acuerde *in continenti*. El vendedor “se reserva”⁴ el derecho

¹ Es dable su inserción, también – como se verá –, en otras variantes contractuales, cual la permuta o la transacción.

² La clásica definición de Del Viso, S., rezaba así: “se entiende por pacto de retroventa, el convenio que al tiempo de la venta celebran el comprador y vendedor para que, devolviendo éste el precio que recibió, pueda recuperar la cosa vendida.”= *Lecciones Elementales de Derecho Civil*, tomo III, 5ª edición, Valencia, 1884, p. 241.

³ S.T.S. de 26 de septiembre de 1927 – considerando segundo –.

⁴ En idéntico sentido = el artículo 1659 del Código francés; el § 1067 del austriaco, el § 497 B. G. B., o el 1500 del italiano.

recuperador, señala el artículo 1507.

No obstante, tal coetaneidad debe entenderse en sentido funcional, no como férrea y cabal sincronía. Lo fundamental es que al celebrarse la venta se contemple el nacimiento del derecho, que exista unidad de acto, con independencia de que el contrato y el convenio rescatador se plasmen en documentos separados.

El titular *ab initio* del derecho de rescate debe ser, en todo caso, el vendedor⁵, quien disfruta de las posibilidades que le ofrece durante el término convencional o legalmente fijado al efecto.

Constituye el retracto convencional, por otra parte, como también dispone el artículo 1507, un derecho de recuperación, que le permite al vendedor revertir la cosa a su esfera jurídica, reintegrarla a su dominio. Es un auténtico derecho subjetivo, al que, sin embargo, alguna sentencia califica de simple facultad⁶, pues reúne los elementos considerados como nucleares para su existencia; en efecto, se aprecia un titular determinado con claridad: en un principio, el vendedor; con carácter derivativo, sus sucesores o cesionarios. Además, recae sobre una cosa perfectamente identificada: más que la cosa en sí – tal y como parece indicar el referido precepto legal –, se proyecta sobre el derecho de propiedad ostentando sobre ella. Y, a la postre, su contenido se cifra en una situación de poder concreto respaldada sin reservas por el ordenamiento jurídico, poder cuyo ejercicio y defensa se le encomienda al titular.

Amén de ser un derecho subjetivo, procede calificarlo como un derecho de readquisición, que faculta o autoriza al vendedor – o posterior titular – para dejar, por su solo disenso, sin eficacia el contrato-básico, retrotrayendo en gran medida la situación al estado anterior a la venta; esto es, disociándose y volviendo a su primitiva posición los elementos de cosa y precio. El dominio retorna al retrayente, mas la citada reposición a la situación previa no resulta

Asimismo, en España, el artículo 326,1 de la Compilación Catalana, o la ley 576 de la Compilación Navarra.

⁵ R. D. G. R. N. de 16 de noviembre de 1938 – considerando segundo – y S. T. S. de 3 de marzo de 1995 – fundamento de derecho tercero –.

⁶ Tal es el caso, p. ej., de las Ss. T. S. de 20 de mayo de 1943 – considerando primero – y 13 de diciembre de 1957 – considerando 1º A) –.

Vid. a estos efectos, más ampliamente, el capítulo I de este trabajo.

perfecta, pues, si bien los frutos percibidos por el comprador, mientras exhibía la cualidad jurídica de *dominus*, compensan los hipotéticos intereses que hubiera podido producir el precio de venta, el artículo 1520 C. C. ordena el mantenimiento de los arrendamientos concertados por este último, o por sus causahabientes, siempre que hubieran sido concluidos de buena fe conforme a la costumbre local.

El artículo 1512 del Código Civil declara que el derecho rescatador se halla sujeto a solventar las responsabilidades que haya podido contraer su titular, y autoriza a los acreedores del retrayente para hacerlas efectivas por mediación de su ejercicio, aunque con el oportuno deber de excusión, traslación a nuestro particular terreno de las generales previsiones contenidas en el artículo 1111 del mismo cuerpo normativo. En consecuencia, no presenta ningún problema la admisión de su enajenación o gravamen, posibilidad consagrada incluso legalmente en el artículo 107, 8º L. H., que permite su hipoteca.

La utilización del retracto convencional ha de efectuarse en tiempo idóneo para ello, que es el convencionalmente dispuesto o el subsidiario legal. Los contratantes no gozan de entera libertad en cuanto a su determinación, dado que, bajo ningún concepto cabe rebasar el máximo temporal de una década establecido, con ánimo taxativo, en el artículo 1508 C. C.⁷. Son razones de orden público las que impulsan al legislador al establecimiento de semejante limitación temporal: el comprador deviene dueño tan pronto como concurren un título y un modo, pero su derecho de propiedad carece, mientras esté activo el derecho retractual, de la nota de perdurabilidad; al objeto de evitar, en la medida de lo posible, esa situación de incertidumbre, que puede ocasionar vacilación en las relaciones jurídicas, el legislador señala tal tope temporal. Por otro lado, ante el silencio de las partes sobre este extremo, el término de caducidad del derecho recuperador ascenderá a cuatro años.

Es, al mismo tiempo, como establece paladinamente el artículo 1510 C. C., un derecho real, toda vez que se admite su utilización "contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador", aunque en el segundo

⁷ Vid. *infra* el epígrafe 4.2.

contrato no se haya hecho mención de su existencia, todo ello conjugado con el respeto debido a los principios hipotecarios.

El ejercicio del derecho de retracto convencional, además, se abandona a la libre decisión del titular, el cual, merced a un acto jurídico unilateral y recepticio, se sirve de un poder disponible a su favor ya desde la consumación de la venta, con absoluta independencia de la opinión conforme o discordante del actual poseedor de la cosa.

Para el triunfo en el empleo del derecho recuperador, han de realizarse ciertos desembolsos fijados por el artículo 1518 C. C. Las partes, siempre que respeten el mínimo legal indisponible indicado al efecto (en cualquier caso debe restituirse el precio), pueden convenir otros reintegros – lo cual se subsume en la proposición “y lo demás que se hubiese pactado”, contenida en el artículo 1507 -, igual que dulcificar o, incluso, eliminar alguno de los capítulos reflejados en el precepto⁸. Así, por ejemplo, es dable que los contratantes acuerden que el retrayente no se vea compelido al abono de los gastos del contrato.

El derecho que se analiza es, asimismo, un derecho de tracto único, y una vez utilizado se extingue. No nace en el *dies a quo* de su término de ejercicio; antes bien, el surgimiento del mismo coincide con el instante en que el pacto válidamente celebrado lo establece, que, por la unión temporal que debe existir con el contrato-base, es el momento de la perfección de la compraventa: desde ese instante el vendedor dispone del derecho. Cuestión diferente resulta ser la relativa al período de operatividad del *ius redemptionis*, momento a partir del cual su ejercicio es posible. Ese instante arranca con la consumación del contrato-cimiento: hasta entonces el vendedor sigue siendo dueño de la cosa, luego no necesita recuperar un dominio del que aún no se ha desprendido.

2.1.1. Características de la cláusula rescatadora:

La primera nota distintiva de la misma es su consagración legal. Esta

⁸ Vid. *infra* los epígrafes 8.3.2 y 8.3.3.

convención rescatadora constituye una figura típica, singularizada y con una regulación propia en el Código Civil, cuya inserción en la compraventa es factible en virtud de la autonomía de la voluntad residenciada en el artículo 1255 de idéntico texto normativo.

Supone, a la vez, un pacto especial, eventual y no necesariamente añadido al contrato-base. Disfruta, por ello, de un carácter convencional y voluntario, tal y como reconoce la S. T. S. de 26 de mayo de 1930 en su considerando segundo. El pacto, y el derecho recuperador que a su través brota, surgen de la autónoma voluntad concordada de las partes⁹. El legislador, tras sopesar las circunstancias, estima improcedente reconocer el derecho a retraer a todos los vendedores. La cláusula no se sobreentiende adherida a todas y cada una de las compraventas posibles; únicamente resulta de aplicación en aquellas en que las partes de modo expreso tengan a bien acordarla, lo cual se refleja con nitidez en la expresión “se reserva” del artículo 1507.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un elemento adicional, accidental – y por lo mismo prescindible en el tipo abstracto del contrato-básico - de la compraventa; esto es, de aquellos que no se presumen, sino que resulta indispensable que los contratantes explícitamente les den vida. La jurisprudencia, por su parte, ha estimado oportuno recalcar esta incontrovertible afirmación. Así, ya la muy lejana S. T. S. de 20 de enero de 1865, en su considerando segundo, disponía que: “... tratándose en el actual litigio del derecho que el recurrente supone tener a retraer una tierra que se dice vendida a carta de gracia (...), era preciso que constase primero la existencia del contrato y sus circunstancias...”; o la R. D. G. R. N. de 27 de marzo de 1947, que en su considerando segundo argumentaba: “... los dos elementos esenciales exigidos por el Código Civil en sus artículos 1507 y 1508, y que son la consignación expresa del derecho de retraer cumpliendo lo prevenido en el artículo 1518,...¹⁰”; así como la S. T. S. de 23 de marzo de 1957, en cuyo considerando primero se lee: “... por lo que al consignarse de

⁹ Vid. la S.T.S. de 19 de septiembre de 1997 – fundamento de derecho primero -.

¹⁰ “..., y el establecimiento de un plazo para su ejercicio que, en defecto de pacto expreso, lo señala taxativamente dicho cuerpo legal, ...”

modo explícito en la escritura que si dentro del año, a contar desde la fecha de la venta, el vendedor abona a la compradora el precio del contrato y los gastos a que se refiere el artículo 1518 del Código Civil, puede retrotraer la totalidad de las fincas vendidas, es indudable que el contrato otorgado lo fue de compraventa con pacto de retro...”.

Es preciso, además, que el pacto de retracto convencional posea un carácter accesorio respecto al contrato-base de compraventa, ya que si fuesen ambos independientes¹¹ perdería aquél su virtualidad y esencia propias para transmutarse en una figura diferente: supondría la concesión al vendedor de una opción de recompra, o bien el establecimiento en su favor de una promesa de reventa. El vendedor, si llegara, mediante cualquiera de estas dos últimas posibilidades jurídicas, a hacer retornar a su esfera patrimonial la cosa, la readquiriría en virtud de un nuevo título, merced a un nuevo contrato – en el que se traduciría al final, tanto la opción de recompra como la promesa de reventa –, en el que las partes verían sus respectivas posiciones negociales intercambiadas, pero no la readquiriría a través de un propio derecho de recuperación incardinado en el único contrato de compraventa existente.

El pacto de rescate es considerado, pues, como inseparable del contenido de la compraventa, porque afecta a la posición negocial del vendedor, a quien se le reconoce el poder jurídico de determinar, con un acto unilateral suyo, una resolución ulterior del vínculo contractual.

La compraventa-base, como tal contrato¹², es ordinaria, sin que se altere su naturaleza a resultas de la inserción del pacto. Si el derecho derivado del mismo no se ejercita de manera conveniente, la compraventa será estimada definitivamente normal¹³. Por lo tanto, dicho contrato se halla sujeto, a pesar

¹¹ Establece la R. D. G. R. N. de 24 de noviembre de 1921, en su resultado quinto, que: “... la retroventa no es un contrato aislado e independiente, sino consecuencia de otro, pues es el cumplimiento de un pacto agregado a una compraventa.”

¹² La R. D. G. R. N. de 27 de agosto de 1863 sentencia, en su considerando 3º, que: “... la (ley) XLII, Título V, Partida 5ª, califica de verdadera venta la hecha con pacto de retro...”

¹³ Mantiene, a ese respecto, un criterio desacertado la S. T. S. de 26 de abril de 1889 – considerando 2º –, al afirmar que: “... y desde aquel momento (el vencimiento del término) quedó convertida en venta real la concertada a retro...”

La venta con pacto de retracto convencional es auténtica y provoca sus normales efectos: el comprador se troca en dueño de la cosa tan pronto como se consuma el contrato; cuestión diferente viene a ser que el ejercicio cabal del derecho recuperador motive la resolución de la compraventa-básica, y la repercusión que ello pueda tener en los actos de disposición realizados por el comprador, mientras era *dominus*, sobre el bien.

del complemento que supone nuestra convención, a las reglas generales en orden a su perfección, sujetos, obligación de entrega, vicios, causas de resolución, etc... La incorporación del pacto a la compraventa no rompe, tampoco, el carácter unitario de la misma, que por ello no es calificable de compleja. Por ende, cabe hablar de compraventa pura o tipo con pacto de recuperación. Esa "normalidad" del contrato, el cual existe y tiene fuerza y eficacia legal desde que aparecen reunidos con la debida armonía los elementos del objeto, consentimiento y causa¹⁴, determina que la compraventa mantenga sus caracteres jurídicos habituales, pues continúa siendo una variante contractual consensual, bilateral y onerosa.

2.1.2. Contratos en los que es aponible:

No obstante los, en apariencia, unidimensionales términos del artículo 1507 y siguientes del Código Civil, en los que se alude a las figuras del vendedor y comprador, conviene preguntarse si resulta correcta la extensión del pacto de rescate convencional a otras enajenaciones de efectos similares a la compraventa. Sin ánimo de tratar al detalle todos y cada uno de los contratos a los que pudiera aplicárseles el pacto, se analizará primeramente su viabilidad en la permuta¹⁵, en el bien entendido que las soluciones logradas

¹⁴ Al efecto cabe citar el fundamento de derecho cuarto letra a) de la R. D. G. R. N. de 5 de junio de 1991, el cual, incide en la necesidad del concurso de una causa verdadera: "... la validez del contrato (de venta con pacto de rescate) presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (arts. 1261-3º, 1274 a 1277 del Código Civil)."

¹⁵ Los autores italianos son quienes, sobre este punto, se han pronunciado con mayor asiduidad. Partiendo del artículo 1555 de su Código Civil - cuyo tenor literal reza así: "Le norme stabilite per la vendita si applicano alla permuta, in quanto siano con questa compatibili." -, y que cuenta con preceptos equivalentes en numerosos Códigos europeos - el 1707 del texto francés, el § 515 del alemán, el 939 del portugués, el 1541 del español, etc... -, no dudan en concluir la extensión del pacto de retracto convencional a este otro contrato.

Como ejemplo de tan reiterados cuanto pocos pronunciamientos doctrinales transalpinos, pueden valer las palabras de Pelosi, A. C.: "Il patto, inoltre, sembra compatibile con la permuta." = voz "vendita con patto di riscatto", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI, Milano, 1993, p. 521.

En el mismo sentido: Giannattasio, C.: *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo*, volume XXIV, tomo primo, Milano, 1960, p. p. 59 y 60; Cottino, G.: *Del riporto, della permuta (artt. 1548 -1555)*, en *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, ristampa della prima edizione, Bologna - Roma, 1970, p. 123; Zaccaria, A. (Pavarin, G.): *Comentario Breve al Codice Civile*, diretto da G. Cian e A. Trabucchi, quarta edizione, Padova, 1992, p. 1265; Cagnasso, O.: *Trattato di Diritto Privato*, volume II, tomo terzo, diretto da P. Rescigno, ristampa, Torino, 1989, p. 385; etc...

La doctrina española suele orillar toda referencia a este respecto y, cuando le dedica algunas líneas, lo hace en obras de carácter general. Así, Albaladejo García, M., dispone que: "... es claro que éste (el pacto retractual) es posible agregarlo a otras clases de enajenaciones: así, si por permuta te doy algo, con la facultad de recuperarlo, o te

serán, asimismo, de aplicación a otras variantes contractuales análogas, cual la transacción¹⁶ o el acuerdo de aportación social.

En principio, nada parece existir en la médula de la permuta que se alce como un obstáculo de cara a la utilización, en su ámbito propio, de los preceptos legales relativos al que, con acierto terminológico, se califica de retracto convencional. Ahora bien, de dejarse llevar por una lectura apresurada y un apego excesivo al tenor literal de las normas, podría sostenerse que no es aplicable el mentado derecho de reincorporación a ese contrato, pues si para usarlo hay que proceder al pago – entre otros capítulos recogidos en el artículo 1518 C. C. – del precio, en dinero o signo que lo represente, el permutante, que en principio entregó una cosa a cambio de otra, ahora, al ejercitar su derecho recuperador, habría de devolver al otro permutante el equivalente monetario del valor de la última, con lo cual se dejaría en manos del retrayente, a su entero arbitrio, la conversión de la permuta – desnaturalizándola – en una venta. Semejante razonamiento resulta inidóneo, porque el permutante–retrayente vería cumplido con éxito su ejercicio del retracto convencional, simplemente a través de la devolución exacta de lo recibido por él (fuera cosa o derecho), no por fuerza su traducción en metálico. Tal es la verdadera *ratio legis* de la norma contenida en el artículo 1518 C. C., su esencia, por más que el precepto emplee el vocablo “precio” y se inserte la regulación de la figura en el terreno del contrato por excelencia, el de compraventa.

La admisión de nuestro pacto en relación con la permuta implica, de cualquier forma, la inevitable realización de algunas puntualizaciones requeridas por la particular configuración de este contrato. Veamos, pues, cuáles son tales, así como las distintas razones que abogan en pro del juego, en su seno, del instituto retractual.

En primer lugar, en la compraventa completada con la cláusula redentora, el derecho de rescate correspondía necesariamente de nacimiento

lo transmitió por transacción con igual facultad.” = *Derecho Civil*, cit., tomo III, volumen segundo, 8ª edición, Barcelona, 1994, p. 389; Ruiz Serramalera, R.: *Derecho Civil*, Derechos Reales II, parte 2ª, Madrid, 1989, p. 354; etc...

¹⁶ Vid. el considerando 1º de la S. T. S. de 2 de diciembre de 1914.

al vendedor¹⁷; es decir, sólo podía constituirse, con carácter unilateral, a su favor. La manifestación de voluntad del comprador simplemente era requerida, a fin de formarse el preceptivo consentimiento contractual del artículo 1261, 1º C. C., al tiempo de celebrarse la venta y el pacto, enlazados en perfecta unidad funcional. Decidía éste comprar con pacto de retracto convencional, pero a partir de entonces ocupaba una posición pasiva respecto al eventual e hipotético recobro, cuya iniciativa le quedaba reservada enteramente al vendedor. *A posteriori*, una vez que éste se animaba a retraer, sí que surgía, a favor del comprador, el derecho a la percepción del precio del bien y de las restantes cantidades explicitadas en el artículo 1518 C. C.

En la permuta, sin embargo, el derecho puede ser unilateral o bilateral. A las partes, al concertar el pacto se les permite decidir que sólo uno de los permutantes, o bien ambos, estén facultados para resolver el contrato.

La diferencia más notable respecto a la venta radica – como se apuntó – en el hecho de que el permutante–rescatante no restituye un precio en dinero como en aquélla, sino una cosa o derecho. En el preciso instante del retracto se entrega cosa (o derecho) a cambio de cosa (o derecho), como en el acto de cumplimiento contractual.

Profundizando en esta afirmación, se llega a una de las razones que mueven a admitir la figura retractual en la permuta. En efecto, se argumenta que en ella no interviene “precio” ninguno, en dinero o signo que lo represente. Sin embargo, deviene indudable que, dentro de la amplitud establecida por el artículo 1538 C. C. al delimitar su ámbito, el cual se refiere a la obligación, asumida por cada uno de los contratantes, de “dar una cosa para recibir otra”, el cambio de dinero por dinero también representa una permuta, tanto si se trata de trueque de dinero nacional por dinero nacional, como de dinero extranjero por dinero extranjero, pues si es de dinero nacional por dinero foráneo, éste posee entonces la conceptualización de cosa, y representa el objeto de un contrato de compraventa¹⁸.

¹⁷ Derivativamente, es dable que ese derecho corresponda a otras personas, toda vez que resulta transmisible *inter vivos y mortis causa*, a título oneroso o gratuito.

¹⁸ Vid. al respecto Melón Infante, F.: *El contrato de permuta en el Código Civil*, en R. D. P., tomo XLV, Madrid, 1961, p. p. 708 y 709.

En tal caso, necesariamente uno de los contratantes – en realidad los dos, pero para lo que aquí interesa uno – deberá, de ejercitarse el retracto en forma victoriosa, y al margen de a quién corresponda la iniciativa rescatadora, restituir a la contraparte un dinero. Por lo tanto, hay supuestos en que uno de los contratantes (el retrayente, o mejor, los dos), precisa devolver numerario para rescatar, y se trata de una permuta. Luego, el afirmar que el precio en dinero, y su pertinente restitución al ejercitarse el retracto, es patrimonio exclusivo de la compraventa, queda superado mediante esos ejemplos de permuta. En consecuencia, razonar que el retrayente ha de devolver dinero, como uno de los motivos basamentales para circunscribir el pacto de rescate convencional a la venta, no merece sino el rechazo.

En segundo término, frente al hecho de encastillarse en la idea de que el Código sólo se refiere al retracto convencional en sede de compraventa, y no de permuta, cabe argüir que el mantenimiento de tamaña postura conduce a soluciones grotescas. Así, en aquélla, el precio puede consistir parte en dinero y parte en otra cosa; pues bien, si tal extremo ocurre, a la luz del artículo 1446 C. C., “se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario”.

Imaginemos, por lo tanto, por reducción al absurdo, la desorbitada conclusión que podría alcanzarse de compartirse este segundo argumento: una permuta en la que una de las partes se obliga a entregar una cosa, y la otra a pagar un precio por ella, una porción en metálico, y la restante, hasta completar el equivalente monetario de la primera, en un bien. Partiendo del valor total de la prestación del segundo contratante, esto es, el 100%, si la cosa entregada en parte del precio representa el 49%, y el dinero el 51%, nos encontraríamos ante una venta, y podría convenirse un derecho de retracto convencional a favor del vendedor. Pero bastaría una nimia alteración en la correlación de porcentajes expuesta para proscribir, entonces, el uso del pacto. Si el primer contratante recibe, a cambio de la cosa que él facilitó, el 50% de la contraprestación en una cosa, y el 50% sobrante en metálico

(dinero o equivalente), el contrato se troca en permuta, y el pacto rescatador resulta prohibido.

Es una solución disparatada, toda vez que los mismos motivos que justifican la presencia del pacto se hallan presentes en ambos supuestos, con prescindencia de la variante contractual ante la que nos encontremos. El propietario de un bien, acechado por imperiosas necesidades de numerario, o por la urgencia de acometer un desembolso inaplazable, decide obligarse merced a un contrato, al objeto de obtener la cantidad líquida que precisa, a entregar a la contraparte la única cosa de que dispone. La tasación del bien resulta ser, por otra parte, muy superior a la suma por él necesitada; le hace falta, aproximadamente, el equivalente en metálico al 40% o al 50% de su valor, pero le es indiferente que el 60% o el 50% restante, respectivamente, se lo den también en dinero, o en otra cosa. No existe apenas diferencia entre recibir un poco más o menos en dinero y un poco más o menos en la cosa. Además, se le antoja útil, por la especial afección que demuestra hacia el bien, reservarse el derecho de recuperarlo, tanto si lo da en venta como si celebra una permuta. Por consiguiente, la utilización del pacto aparece justificada en ambos casos.

Es dable acudir, asimismo, para fundamentar la aplicabilidad a la permuta del pacto de retracto convencional, a un tercer argumento. Si los dos permutantes fuesen considerados, por su parte, comprador y vendedor, respectivamente, de una de las cosas intercambiadas y, por otra, a la inversa, vendedor y comprador, de la otra cosa, dando por ambas idéntico precio, la permuta se habría desdoblado, así, en dos ventas amalgamadas en un solo acto, con eliminación del precio en dinero, puesto que su presencia se revelaría ridícula. Tendría que pagar, cada parte a la otra, una cuantía coincidente. Bastaría, en cualquier caso, acordar el derecho de retracto convencional para una de esas dos ventas fundidas, y semejante convenio repercutiría al unísono sobre las dos.

De manera que el rescatador será, al mismo tiempo, retrayente – en la primera de ellas –, y retraído – en la segunda –; devolverá el precio de la primera venta, a cambio del bien o derecho que le fue transmitido, restituyendo

con carácter simultáneo el bien o derecho recibido en la segunda de las ventas, a cambio del precio pagado por él. En una palabra, cumplirá el permutante-retrayente, ante la igualdad de precios, con reintegrar la cosa o derecho adquirido por él previamente, mediante la recepción de manos del permutante-retraído, *taz a taz*, de la otra cosa o el otro derecho.

Analizadas que han sido las diferentes razones favorables a la admisión, en el ámbito de la permuta, del pacto de retracto convencional, interesa, a continuación, dedicar algún comentario al contenido de los artículos 1507 y 1518 C. C., pensados inicialmente para la compraventa. El unitario tenor de ambos preceptos, debidamente entrelazados, dispone que el vendedor ejercitante del rescate está obligado a reembolsar al comprador, además del precio y los gastos del contrato, los desembolsos necesarios y útiles materializados en la cosa vendida, y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

Ahora bien, *tamaña* disposición obtiene su causa última, su razón de ser, de la referida unilateralidad a estos efectos del derecho retractual en la compraventa; el retrayente ha de devolver al comprador, al tiempo de servirse del rescate, el mismo precio percibido, esto es, un valor fijo e inmutable¹⁹, consistente en una suma idéntica a la acordada en el acto de estipulación del contrato, amén de los restantes desembolsos relatados.

En lo que se refiere a la permuta, y tanto si se trata de un derecho de retracto convencional de disfrute unilateral, cuanto si nos enfrentamos a uno de corte bilateral, el permutante-retrayente deberá devolver al permutante-retraído la cosa adquirida, y éste, a su vez, restituirá la cosa obtenida de aquél. No puede, por ende, ser de aplicación aquí la aludida disposición del Código Civil, sin extenderla a ambas partes contratantes, con nivelación de las partidas recíprocas de dar y de recibir. Es factible, asimismo, que se hayan realizado mejoras y efectuado las reparaciones necesarias en ambas cosas, con lo cual cada permutante tiene derecho a reclamar, además del bien, tales cantidades, si bien corregidas o dulcificadas por mor de la imprescindible

¹⁹ Téngase en cuenta la posibilidad de introducir en el pacto retractual cláusulas de estabilización, convenio de pagar intereses, etc..., según se refiere *infra* en el epígrafe 8.3.1.9.

compensación. Tras los cálculos correspondientes, al final, la diferencia se establecerá sólo a favor de uno de los permutantes: aquel cuyos desembolsos hayan superado a los de su contraparte.

Del mismo modo, no como en la venta con pacto de rescate convencional – en que sólo incumbían al comprador –, aquí, en la esfera de la permuta, cada uno de los contratantes responderá de los daños producidos en la cosa recibida por él, y de cuyo dominio interino ha disfrutado durante un tiempo, si se asocian a su dolo o culpa. En una palabra, esa responsabilidad alcanza a ambos permutantes, dado que cada uno de ellos participa sincrónicamente de la condición jurídica de comprador y vendedor.

Solución no disímil ha de postularse para la letra del artículo 1520 C. C., en el sentido de que el vendedor que ejercita el retracto, recupera la cosa exenta de cargas y libre de hipotecas, mas deberá tolerar los arriendos concertados de buena fe por el comprador, al abrigo de la costumbre local. También en este supuesto tiene aplicación la correctora reciprocidad, y la disposición no puede valer sino para ambos permutantes.

Finalmente, en los restantes aspectos, el pacto de retracto convencional en la permuta se sujeta a idénticas prescripciones normativas que en la compraventa. Así, es predicable su libertad de forma; de igual manera, la relación contrato – pacto debe respetar la necesaria unidad de acto, ya que la decisión de insertar el pacto en la permuta constituye una manifestación de voluntad, que completa la declaración negocial principal, moldeando y precisando su alcance; componiendo con ella, en consecuencia, un todo inescindible.

¿*Quid iuris* de la donación? ¿Es extensible el pacto de redención convencional a este contrato²⁰?

La donación, como transmisión a título gratuito, representa por su propia

²⁰ Pues como tal lo ha venido caracterizando la jurisprudencia; verbigracia, las Ss. T. S. de 7 de diciembre de 1911 – considerando 1º –, 15 de diciembre de 1924 – considerando 2º –, y 20 de septiembre de 1986 – fundamento jurídico 2º –.

Como contrato lo considera también la doctrina más abundante, p. ej.: De los Mozos, J. L.: *La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica*, en R. D. P., Madrid, 1971, p.p. 814 y ss.; Albaladejo García, M.: *Comentarios al Código Civil* ..., cit., tomo VIII, volumen 2º, Madrid, 1986, p.p. 7 a 10; Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil* ..., cit., tomo IV, 15ª edición, p. p. 219 a 221.

causa un acto dispositivo *intuitu personae*, en el que el interés del propietario no es meramente económico o patrimonial, lo cual la diferencia con claridad de la compraventa. Se deviene donatario por un acto de elección del donante. Éste no recibe, en la donación ordinaria, ninguna contraprestación de aquél. Debido a ello, el encaje del pacto retractual en el armazón jurídico del contrato de donación tropieza violentamente con el unitario tenor de los artículos 1507 y 1518 del Código, que establecen un mínimo legal indisponible en la delineación de la figura; consagran la necesidad de devolver el precio como una exigencia imperativa, imposición que resulta compaginable con la venta, e incluso es acoplable a la permuta o a la transacción, situaciones jurídicas en las que concurre un "precio", ora en dinero o signo que lo represente, ora transmutado en una cosa o derecho, y un cierto equilibrio en las contraprestaciones.

Si el donatario no ha abonado nada por el bien donado, en el caso de admitirse en su terreno la inclusión del pacto, el donante, llegado el momento de utilizar su derecho de rescate, no habría de devolver nada al donatario. Análogamente, además de ser tal pacto, por su propia configuración, inconciliable con la donación, si se defendiera hipotéticamente su compatibilidad, cómo evitar que el donatario tendiera a esquilmar el bien donado con posibilidad de recuperación, ante la virtualidad de perderlo sin obtener algo a cambio. De nada disponía antes del contrato, y nada tendrá luego de ejercitarse el retracto, por cuanto en el ínterin se hallará predispuesto a disfrutar con fruición y desmesura de la cosa.

Empero, al donante le queda, en punto a ello, la posibilidad de introducir la cláusula de reversión prevista en el artículo 641 C. C.

Este precepto declara, en lo que ahora nos interesa - que es la primera parte de su párrafo primero -, que "podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, ... ". Al donante, pues, le cabe reservarse una facultad de reversión voluntaria, que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de rescate convencional - un *ius* que participa de carácter enajenable -, representa un derecho personalísimo. Cuenta, en definitiva, el donador, con

una expectativa de derecho a los bienes donados, que llegará a convertirse en efectivo derecho si el sujeto sobrevive a la circunstancia originadora de la reversión²¹. En caso de que el donante premuera al cumplimiento del evento motivador - por aplicación del artículo 1257 C. C. -, el derecho de reversión se disipa y no forma parte del patrimonio de aquél, no se transmite a sus herederos.

En cuanto a la posición jurídica del donatario reversionista, hay que referir²² que se encuentra obligado a conservar en favor del donante los bienes donados, lo que lleva aparejado la prohibición de disponer de dichos bienes mientras dure el período de expectación del derecho de reversión; por el contrario, el comprador con pacto de retracto convencional puede disponer del bien adquirido, porque obtiene a resultas de la tradición un dominio, aunque interino, pleno.

¿Y qué decir de la dación en pago? ¿Es acomodable en ella el pacto de redención?

Partiendo - con Albaladejo²³ - de que la dación en pago supone un contrato real, hay que manifestar que no reemplaza la primera y antigua obligación por una nueva, ni entraña un cambio de su objeto, sino que origina un modo inédito de extinción de la misma. La S. T. S. de 13 de febrero de 1989, en su fundamento jurídico segundo²⁴, asevera que "la <<datio pro soluto>>, significativa de adjudicación en pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular,..."

Y bien puede interesarle al *solvens*, al transmitir²⁵ la propiedad del bien o

²¹ Vid., al efecto, Pons Pérez, A.: *La reversión de donaciones en el Código Civil*, en R. D. P., diciembre de 1957, p. 1183.

²² Pons Pérez, A.: *La reversión* ..., cit., p. 1186.

²³ *Derecho Civil*, cit., tomo II, volumen primero, 10ª edición, Barcelona, 1997, p. p. 146 a 149.

²⁴ En idéntico sentido, véase el fundamento jurídico segundo de la S. T. S. de 19 de octubre de 1992.

²⁵ Menéndez Hernández, J., desde el terreno financiero, se apoya precisamente, para justificar la inserción del pacto retractual en la adjudicación en pago, en la consideración de esta última figura como transmisión, lo cual la coloca en la órbita de acción del art. 46,1 del R. I. T. P. vigente, que habla de "las transmisiones de bienes y derechos con cláusula de retro, ..." = *El Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales*, Barcelona, 1996, p. 310.

bienes de su pertenencia adjudicados, reservarse el derecho de retracto convencional.

En sede de estudio del contrato de *empenyament* catalán, Faus Condomines²⁶ confirma que todo tipo de deudas en dinero pueden ser abonadas, contando con la anuencia del acreedor, a través de dación en pago a carta de gracia.

Sin embargo, el grueso de dichas daciones en pago con el pacto de redención obedece a un concreto objetivo: la extinción o pago de deudas familiares, cual dotes y legítimas.

No siéndole factible – argumenta el jurista²⁷ – al progenitor o al hermano *hereu* proceder a la satisfacción de las legítimas a los *cabalers* y *cabaleres* de la casa, se les otorgan en pago fincas o *rotlles* de fincas, rústicas por lo común. Semejantes insolutundaciones se efectúan en ocasiones a título perpetuo e irrevocable, si bien lo habitual es practicar su cesión a carta de gracia, esto es, con reserva en manos de la casa paterna de la facultad de readquirir el bien donado, que podrá retornar al embalse patrimonial familiar gracias al abono en dinero al *cabaler* – insolutundario – de su correspondiente legítima.

Examinemos, a continuación, cuál ha sido el parecer jurisprudencial sobre la cuestión. El primer pronunciamiento inequívoco²⁸ data de principios de siglo, una S. T. S. de 2 de diciembre de 1914, la cual admite, sin reservas, la adición del pacto de retracto convencional a la figura que se analiza.

Según su resultando primero, los hechos ocurrieron de la siguiente forma: el 21 de agosto de 1907, un matrimonio y el hijo de ambos otorgaron una escritura de dación en pago en beneficio de doña Ángeles Puig y España, cediéndole y transmitiéndole una heredad y dos minas. En el pacto séptimo del documento se estipuló que: “en el plazo de dos años, a partir del 1º de enero de 1908, o sea, hasta el 31 de diciembre de 1909, quedaba reservado a favor

²⁶ *Del contrato* ..., cit., p. 131.

²⁷ *Idem*, p. 131.

²⁸ *Vid.* con anterioridad el resultando 1º de la R. D. G. R. N. de 27 de julio de 1891, que se refiere a una dación en pago a carta de gracia de una pieza de tierra, pero luego, a partir del resultando 2º, alude a la operación como venta a carta de gracia.

de... (la esposa y del hijo, pero no del tercer *solvens*: el marido), a los dos juntos o a cada uno separadamente, el derecho de adquirir las cosas comprendidas en la *insolutum* dación, con la condición de aceptarlas en el estado en que se encontraran, quedando a favor de Doña Ángeles Puig los frutos pendientes de recolección, mediante el pago de 100.000 pesetas por dicha adquisición,..."

Se intentó ejercitar, dentro del tiempo preestablecido para ello, el derecho de recuperación, mas ni se entregó ni se consignó el importe del rescate antes de la caducidad del término, por cuanto la tentativa devino imperfecta. Así lo consideraron tanto la primera instancia como la segunda, las cuales, en ningún momento cuestionan la coexistencia del pacto con la dación en pago. Y, ante la interposición del recurso de casación, el Tribunal Supremo, en el considerando primero de la Sentencia, de manera también mediata u oblicua, sin aportar argumentos ilustrativos de su decisión, da por buena la inclusión de la cláusula reintegradora; empero, lo admitido en términos generales se torna en el caso particular improcedente, debido a la falta de abono de las cantidades precisas. Razona así, en su considerando primero, la Sentencia: "... el derecho reservado a favor de Doña Dolores Martí y de D. José Catá de la Torre (madre e hijo), para adquirir dentro del plazo estipulado las cosas que, equivalentes al precio de 100.000 pesetas, fueron objeto de transacción, constituye un pacto de naturaleza real tan ineludible en su observancia como la adquisición condicional procede estimarla perfectamente resuelta."

Frente al referido fallo jurisprudencial sólo un reparo conviene plantear, y es que el derecho de retracto convencional permite readquirir, rescatar, recuperar el bien, traerlo de nuevo a la órbita de poder jurídico del accionante, hacerlo retornar a su activo patrimonial, colocarlo de nuevo bajo su férula, y no simplemente adquirirlo.

Otra decisión jurisprudencial, atingente a la plausibilidad de la incorporación del pacto de retracto convencional a la *datio in solutum*, es la S. T. S. de 7 de enero de 1944.

Los hechos, a la luz de su texto, ocurrieron de esta manera: el deudor reconoció por escritura pública en favor de su acreedor una deuda de 50.000 pesetas y, posteriormente, a través de un documento privado, el sujeto pasivo de la obligación y un hermano suyo cedieron al acreedor, en "pago condicional" de aquélla, cierta maquinaria – sin especificar – y determinados derechos, al tiempo que se establecía en beneficio de los cedentes un derecho de retracto y un arrendamiento de la maquinaria cedida.

No habiéndose saldado la deuda, y transcurrido que fue el término retractual, el acreedor promovió un juicio de mayor cuantía contra los cedentes, en reclamación de la entrega de los bienes y de la <<rescisión>> del arrendamiento.

Seguido el juicio en sus normales trámites, tanto en la primera como en la segunda instancia, se absolvió a los demandados. Se recurrió en casación por infracción de ley, y el Supremo Tribunal resolvió haber lugar a él.

La Sentencia²⁹ no se manifiesta en modo alguno, acaso por estimarlo innecesario o trivial, acerca del problemático hermanamiento entre el pacto retractual y la dación en pago; únicamente se decide a indagar en los intersticios jurídicos de esta última figura. Arguye, de forma concisa, en su considerando cuarto, que: "... la <<cessio pro soluto>>... opera, como la compraventa, la traslación del dominio, por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor; y es por esto inconcebible, legalmente, la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda porque el que paga no garantiza sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho".

El tercer pronunciamiento lo representa la S. T. S. de 13 de diciembre de 1957, que, en un intento de clarificación respecto a la precedente, admite sin paliativos la inoculación del pacto en la figura solutoria.

Su tajante primer considerando, en lo que interesa, reza así: "A) en el

²⁹ La primera de las dos Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el referido pleito.

documento fecha 30 de mayo de 1945, en que se consignó el contrato, sobre cuya resolución se trata de decidir, el sr. O. reconoce adeudar a doña María V. la cantidad de 10.000 pesetas, por los servicios prestados desde el año 1936 (...), adjudicándole en pago las fincas que se consignan, con facultad de recuperarlas, a ejercitar en el plazo de cinco años, mediante entrega a la adjudicataria de la cantidad adeudada. B) Que en 31 de julio de 1946, la doña María aparece suscribiendo a favor del sr. O., el recibo por la suma de 10.000 pesetas... y D) Que por ello es obligado concluir que don Rafael O. R., al abonar a la aquí demandada (la sra. V.) la suma cuya entrega acredita el repetido recibo, lo hizo con la finalidad de recuperar el dominio de las fincas que, anteriormente, le había adjudicado en pago (...), resolviendo y dejando así sin efecto el contrato en que tal adjudicación se convino, y en uso legítimo de la facultad que al efecto se reservó,..."

La R. D. G. R. N. de 5 de junio de 1991 parece, asimismo, permitir la presencia del pacto en la dación, si bien con un estilo tácito y anfractuoso, más por aquello que descarta que por lo que positivamente expresa.

Conviene consignar, antes de nada, de manera sucinta los hechos desencadenantes de la controversia. Son éstos: el día 20-7-1988, ante notario, don Ramón E. P. (deudor) y don Juan Antonio M. M., como representante de la entidad acreedora (<<Sota, Sociedad Cooperativa Compañía Limitada>>), otorgaron escritura de adjudicación – de una mitad indivisa de un piso y de una plaza de aparcamiento – en pago de deuda con "pacto de retro". El adjudicante se reserva, con consentimiento de la Sociedad, el derecho a retraer esas participaciones indivisas, durante el término de 3 años y 11 meses.

Simultáneamente al otorgamiento de la escritura, la Sociedad libró dos letras de cambio cuyo importe correspondía al valor de las participaciones transmitidas (4 millones de pesetas), y su fecha de vencimiento coincidía con el último día del término retractual. Si el sr. E. P. abonaba las letras, en tiempo idóneo para ello, recuperaría las citadas participaciones.

Presentado en el Registro de la Propiedad el documento notarial, se denegó su inscripción. La nota justificativa de tal decisión, tras dejar abierta la

puerta a una eventual asimilación³⁰, a efectos del retracto convencional, de la dación en pago a la compraventa, consideró que se estaba, en el caso concreto, ante una venta en garantía.

Recurrida que fue la nota del Registrador, el Presidente del Tribunal Superior de Cataluña, por medio de un auto, la confirmó en su integridad, tras lo que se recurrió sin éxito en alzada ante la Dirección General.

El fundamento de derecho cuarto de la Resolución, en una prolija exposición, parece homologar, por vía indirecta, la patrocínable coexistencia del pacto y la dación, con las siguientes palabras: "En la venta con pacto de retro, el vendedor que se reserva el derecho de recuperar no contrae por ello, y de presente, obligación alguna; se reserva una simple facultad jurídica cuya actuación se confía a su libre arbitrio durante el plazo que se estipule, y sólo su ejercicio presupone y fundamenta el simultáneo deber de reembolso del precio y demás gastos contemplados en el art. 1518 del Código Civil; en cambio, en el caso debatido, al tiempo de otorgarse la escritura calificada (de dación en pago con pacto de retro), el transmitente del bien, que era ya deudor, acepta dos cambiales libradas por el adquirente; el importe de estas cambiales es idéntico al de la deuda anterior que se declara extinguida, y su tenencia por el transmitente y deudor le facultaría para otorgar, por sí sólo, la escritura de efectución del retracto; se pone, pues, de manifiesto que la transmisión por adjudicación en pago es un negocio por el que bajo la apariencia de una causalización suficiente – la extinción de un crédito preexistente – se pretende amparar una transmisión dominical que no tiene más justificación que la de servir de garantía a una obligación que, aunque se extingue, es inmediatamente sustituida por las incorporadas a las cambiales emitidas..."

La Resolución da a entender, por lo tanto, que si la dación en pago no se enmarca en el terreno de los negocios fiduciarios, se autoriza el pacto. Es decir, cuando la figura persigue su normal función, la extinción de la obligación, y no la espuria de salvaguardar o garantizar el cumplimiento de ésta, nada

³⁰ Dice literalmente la nota del Registrador de la Propiedad, en la segunda razón justificativa de su proceder. "Incluso asimilando la dación en pago a la compraventa a efectos de la aceptación del retracto convencional, estaríamos ante una compraventa en garantía, ..."

impide la presencia de la cláusula retractual.

Por otra parte, y en lo concerniente a la permeabilidad de la figura de la cesión en pago para recibir en su seno a la cláusula de rescate, la S. T. S. de 29 de marzo de 1960 no titubea en corroborarla.

En el resultando inicial se nos cuenta: "Primero. Que mediante escritura pública, otorgada ante Notario en 11 de marzo de 1932, don Francisco de C. V. había reconocido adeudar a doña Carmen S. la cantidad de 75.000 pesetas y en pago de 72.226 le cedió (tres casas y dos fincas rústicas).

Segundo. Que con posterioridad³¹ a la fecha de la escritura la demandada doña Carmen S. se había comprometido a hacer retrocesión de las fincas expresadas al demandante (cedente), si éste en el plazo de cuatro años pagaba a dicha señora el importe íntegro de la deuda, lo que había tenido lugar antes de que venciera el plazo convenido, conforme se hizo constar en el documento privado de 15 de julio de 1932, en el que la demandada doña Carmen S. había declarado que estaba reintegrada de las cantidades por las que el actor (el cedente) le había hecho escritura pública de cesión de sus bienes y manifestó estar dispuesta a otorgar el documento público de retrocesión."

En consonancia con lo antedicho, en el considerando quinto califica al cedente que ejercitó su derecho como "retrayente convencional".

2.1.3. Elemento personal. Capacidad de los sujetos intervinientes:

No se observa ningún extremo espinoso ni aristado respecto a los requisitos de capacidad de obrar de los sujetos negociales, dado que el enlace de accesoriadad que conecta el pacto de retracto convencional con la venta lleva aparejada, colateralmente, la extensión al primero de los requisitos ordenados para la segunda; en consecuencia, le son de entera aplicación las disposiciones de los artículos 1457 y siguientes del Código Civil.

³¹ No lo precisa, pero debemos presuponer que exista unidad de acto entre la cesión en pago y el pacto redentor, a pesar de la carencia de estricta simultaneidad temporal con la escritura pública referida.

No se presenta, por otro lado, ningún problema en punto a la determinación del titular del retracto convencional, ya que sólo puede serlo, con carácter inicial, quien aparezca en el contrato-nodriza ostentando la condición de vendedor y, posteriormente, su heredero o herederos, así como, en tanto que derecho transmisible, su eventual adquirente. No se aprecia, tampoco, traba alguna que desaconseje la posible atribución de la titularidad del derecho de recuperación, siempre que obre como vendedora, a una persona jurídica.

En el hemisferio pasivo de la relación rescatadora, es el comprador quien asume originariamente el rol de potencial "retraído", el que soporta la sujeción retractual que acompaña al bien cuyo dominio se dispone a adquirir, posición que corresponderá, con carácter derivativo, en su caso, a sus herederos (art. 1517 C. C.) o cesionarios, en su calidad de ulteriores titulares de la cosa.

2.1.4. Elemento real:

2.1.4.1. Bienes y derechos sobre los que puede proyectarse:

Apunta Manresa que: "la primera impresión que produce la sección del Código que estudiamos es que sólo los bienes inmuebles pueden ser sometidos a la condición del retro, impresión que se fortifica al observar que todo lo que se ha escrito contra esta institución parece que parte del tácito supuesto de que el retracto siempre recae sobre inmuebles³²".

No obstante, cabe constatar que esa convicción preliminar quiebra tan pronto como se procede al simple examen semántico de los correspondientes preceptos. En efecto, determinados artículos dan a entender, sin ningún género de duda, que el objeto de la venta a retro únicamente puede consistir en un bien inmueble (los 1513, 1514, 1515, 1516 y 1519). Pero, a pesar de esa constatación, otros preceptos – con no menos claridad – aluden, sin mayores precisiones, a la "cosa vendida" (artículos 1509, 1517, 1518 y 1520). Es más, el 1507, destinado, a modo de encabezamiento de la sección, a fijar el

³² *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 434.

concepto legal de la figura, emplea idéntica locución: “ Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida,...”³³ .

El Código, pues, no diferencia, y como, por lo demás, no concurre ningún motivo que impida u obstaculice la aplicación de sus normas tanto a los muebles como a los inmuebles, resulta obligado concluir que ambas variedades de cosas puedan ser objeto del retracto convencional.

Cuestión aparte mas no menos manifiesta es que, de aplicarse la figura a los bienes muebles, no disfrutará el vendedor de las mismas seguridades de cara a dirigir su acción contra cualquier poseedor de la cosa; no dispondrá en tal hipótesis de los recursos ni podrá servirse de los beneficios que, tratándose de cosas de naturaleza inmueble, proporciona el Registro de la Propiedad. Sin embargo, “tampoco esta circunstancia – explica Scaevola³⁴ - derivada de la traslatividad de las cosas muebles puede ser óbice a la aplicación del pacto de retraer, porque no ha de depender éste del fraude que algún comprador poco escrupuloso pueda hacerle al vendedor de una cosa mueble con pacto de retro.”

Ampliando todavía más el campo de acción del retracto convencional, es pertinente señalar que su elemento real engloba no sólo a los bienes muebles, inmuebles y semovientes; la cosa objeto de la venta con pacto de retro puede ser también inmaterial, de suerte que se concibe la inserción de nuestra accesoria cláusula, previo acuerdo para ello del enajenante y del adquirente, en la transmisión de bienes incorpóreos – sean derechos de crédito, derechos reales, títulos valores, etc... -, siempre que resulten reconocibles.

En tal sentido se pronuncia la ley 460,3 de la Compilación Navarra, referente a los derechos reales de adquisición de nacimiento voluntario, cuyo tenor textual aparece como sigue: “pueden recaer sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales, acciones de sociedades, participaciones o cuotas sociales, derechos de propiedad industrial o intelectual y cualesquiera otros bienes muebles susceptibles de identificación”.

³³ El art. 326,1 Comp. Cat. se refiere expresamente tanto a los bienes inmuebles como a los muebles.

³⁴ *Código Civil* ..., cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 371.

Además de ello, como requisito adicional, la titularidad de dichos bienes ha de prestarse, por intermediación de la consumación contractual, a su transmisión: no así, por ejemplo, los derechos de uso y habitación, conforme estipula el artículo 525 C. C. Es obvio: si una cosa o derecho no puede ser vendido, como el pacto y el contrato-base participan de un objeto unitario, hay que concluir que tampoco cabrá enajenarlo con el, prescindible por accesorio, pacto de retracto convencional.

Abundando en ello, al amparo de las decisiones jurisprudenciales se certifica la factibilidad de vender al quitar, al margen de bienes raíces: cinco carruajes, once caballos y unas guarniciones (S. T. S. de 10 de julio de 1890 – resultando 1º -); unas marcas registradas consistentes en la denominación <<Donner J. Capdevilla>>, y en un dibujo especial con la inscripción <<Productos Donner J. Capdevilla>> (S. T. S. de 4 de noviembre de 1961 – hechos -); veinte acciones de la Comunidad “El Delirio” (S.T.S. de 24 de enero de 1983 – considerandos primero y tercero -); la venta a retro de la nuda propiedad de una finca (S. T. S. de 8 de junio de 1954 - considerando primero -); o la del derecho “a percibir los frutos de usufructo” sobre determinados muebles e inmuebles (R. D. G. R. N. de 3 de noviembre de 1896 – resultando primero -); o, incluso, la venta con la cláusula rescatadora, por parte de un escritor dramático, de todos los derechos que le correspondían sobre las 53 obras teatrales de las que era ya autor y propietario, así como los derechos que le correspondiesen sobre las obras futuras que escribiera durante el término retractual, al igual que los derechos que ostentara o adquiriera por cualquier concepto durante dicho período sobre obras ajenas (S. T.S. de 14 de junio de 1920 – resultando primero -).

En el ámbito del derecho comparado, la inmensa mayoría de los Códigos foráneos³⁵ admite la aplicación de la institución a muebles e inmuebles. Como excepciones frente a este casi general sentir, se alinean, verbigracia, el texto argentino, el austríaco y el brasileño.

El artículo 1380 del Código Civil argentino se expresa concisamente en

³⁵ Como es natural, de entre aquellos que, a diferencia del artículo 2302 del Código Civil mexicano o el 1587 del portugués de 1867, no vetan la cláusula rescatadora.

los siguientes términos:

“ Las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa “.

El § 1070 del Código austríaco, por su parte, prescribe:

“ La reserva del derecho a retraer sólo es compatible con la venta de bienes inmuebles...³⁶ ”

Otro tanto se colige, *a sensu contrario*, de la lectura del precepto número 1140 del Código brasileiro, cuya redacción establece esta fórmula:

“El vendedor puede reservarse el derecho de recobrar, durante cierto tiempo, el inmueble que vende, restituyendo el precio, así como los gastos hechos en él por el comprador.

§ único.- Al margen de éstos, reembolsará también, en tal caso, el vendedor al comprador, las sumas empleadas en las mejoras del inmueble, en cuanto al incremento de valor que por esas mejoras haya experimentado la propiedad³⁷ .”

Alver³⁸ acomete así la exégesis del recién referido precepto, al que no duda en justificar: “Entretanto, parece que procedió acertadamente nuestro Código prohibiendo la retroventa de cosas muebles, porque sería facilitar el fraude de ley, que prohíbe, en la prenda, que el acreedor pignoraticio haga suya la cosa empeñada (art. 765), inconveniente que no ofrece tanta gravedad en el supuesto de hipoteca”.

Es concebible, por otra parte, en vista del carácter patrimonial del derecho de retracto convencional, que el titular del mismo lo enajene, y en esa enajenación puede, a su vez, enjaretarse un pacto de redención: se vende con la cláusula rescatadora el propio derecho de recuperación. Tal supuesto, omitido de manera directa en la casuística y superficial regulación que a la figura recuperadora consagra el Código Civil español debe, no obstante,

³⁶ “ Der Vorbehalt des Wiederkaufes findet nur bei unbeweglichen Sachen statt ... ”

³⁷ “ O vendedor pôde reservar-se o direito de recobrar, em certo prazo, o imóvel, que vendeu, restituindo o preço, mais as despesas feitas pelo comprador.

§ Único – Além destas, reembolsará também, nesse caso, o vendedor ao comprador as empregadas em melhoramentos do imóvel, até ao valor por esses melhoramentos acrescentado á propriedade. ”

³⁸ *Código Civil da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 3ª tiragem, Rio de Janeiro, 1926, p. 808.

resultar admitido: si su artículo 1512 y siguientes constatan la transmisibilidad del derecho redentor – más explícitamente se pronuncian al respecto el artículo 326,4 de la Compilación Catalana y la ley 579,1 de la Navarra³⁹ –, no se adivina ninguna razón que obligue a desautorizar la eventual venta del derecho recuperador acompañada por otro pacto retractual – para la que en Cataluña se ha acuñado el término “*reempenyament*” –, con la sola excepción de que aquél se hubiera constituido con carácter personalísimo.

En tal caso, el nuevo derecho de reintegración, - derecho que autoriza a recobrar el original *ius redemptionis* -, no podrá convenirse con una existencia temporal superior a la señalada para el primer derecho retractual, porque se verá extinguido tan pronto como fenezca éste. Si se cumple el plazo convencional o legalmente dispuesto para el ejercicio del inicial derecho rescatador, desaparece de forma automática el objeto del segundo derecho redentor.

Al primitivo comprador – o bien a su sucesor o cesionario – le cabe, asimismo, enajenar su dominio, lo cual se refleja en vía mediata en el artículo 1510 del Código. Se le permite al vendedor – en realidad, a éste o a quien de él traiga causa – utilizar su derecho de redención, gracias a su flagrante tinte real, frente a los sucesivos adquirentes del bien, incluso si en el segundo o posterior contrato se silencia la existencia del pacto retractual. No se aprecia, tampoco ahora, motivo alguno que descarte la posible venta de la cosa – por el actual titular de la misma – con otro pacto de recuperación convencional, lo que en Cataluña recibe el nombre de “*sobreempenyament*”.

Al tratarse de derechos de crédito, se impone una imperiosa puntualización. La comparecencia del pacto de retracto convencional en una venta de semejantes bienes, no evita la aplicación a éste de los específicos preceptos que le dedica el Código Civil; verbigracia, lo esculpido en el artículo 1528, el cual extiende el objeto de la venta de uno de tales créditos, a todos

³⁹ Dispone el artículo 326,4 de la Compilación Catalana: “ El derecho de redimir es susceptible de transmisión y gravamen. En este último caso, es directamente ejecutable, sin necesidad de ejercicio previo del derecho . ”

Refiere la Ley 579,1 de la Compilación Navarra: “ El derecho de retraer es transmisible por actos *inter vivos* o *mortis causa* e hipotecable y adjudicable, a no ser que se hubiese establecido como personalísimo . ”

Vid. también el artículo 107 L.H., que en su número 7º se refiere a la hipoteca de los bienes vendidos con pacto de retro, y en el 8º a la del derecho de retracto convencional.

los derechos accesorios que lo acompañen, cual fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

Pero, sin duda, el extremo que habrá de proyectar un mayor influjo, individualizando a este tipo de compraventas, ya solas, ya adornadas con nuestro pacto, es el relativo al momento mismo de la transmisión de la propiedad al comprador, puesto que no es ahora necesaria, con tal propósito, la *traditio*, requerida tan sólo cuando se trate de transferir un derecho real poseíble. Ello implica que el vendedor de un crédito con derecho de recuperación puede hacer uso de la acción real de rescate tan pronto como resulta perfeccionado el contrato-base. La explicación no encierra dificultad alguna: se anticipa la transferencia dominical, lo que acarrea, de modo paralelo, un adelanto del *dies a quo*, inicio del término de caducidad.

Admitida, por otro lado, la válida inserción del pacto de retracto convencional en una venta de naturaleza obligatoria – como la española -, hay que aprestarse a reseñar que el ligamen o nexo real de rescate sobre el bien surge a resultas de su transferencia; en otras palabras, y como *conditio sine qua non*, presupone dicho vínculo redentor el transvase del derecho enajenado – por lo general la propiedad – del vendedor al comprador, gracias a cualquiera de las variedades de tradición permitidas en derecho.

Antes de ese concreto momento en el *iter* contractual no recibe aplicación, en rigor, la reglamentación del derecho recuperador: quien sigue siendo dueño del bien material o inmaterial vendido – el enajenante -, por más que haya sucedido la perfección de la compraventa, no precisa acudir a ningún rescate del mismo.

No puede, en suma, hasta el instante de la consumación contractual, desplegar su normal eficacia la disciplina del pacto de rescate, que se ampara en la configuración del derecho retractual como una “amenaza de corte real” sobre la propiedad – interina pero plena – del comprador: término máximo de ejercicio de la acción de reintegración, efectos - frente a terceros - de su utilización, etc...

La apelación – partiendo de un teórico desdoblamiento temporal en el

régimen de la figura, descomposición forzada de un todo armónico e inescindible – a un pretendido derecho de “redención pretransmisiva” para permitir al vendedor, antes de la *traditio*, la paralización de los efectos obligatorios del contrato, no constituiría un derecho de retracto convencional, sino un simple incumplimiento contractual *ex parte venditoris*, equiparable en sus efectos al acaecido en una venta sin pacto.

El siguiente estadio de este epígrafe gira en torno a las ventas genéricas, así como sobre el problemático maridaje entre ellas y el pacto retractual.

El objeto de tal clase de ventas se halla formado, bastante frecuentemente, por cosas muebles destinadas al consumo, o a rápidos trasposos, que harían imposible o difícil el rescate. Y, en relación con este punto, debe observarse que la ley, en varias disposiciones relativas a nuestro pacto, presupone la idea de readquisición, por parte del vendedor, del mismo bien vendido (artículos 1507, 1509, 1513, etc...).

Además, dado que la cláusula de recuperación ha de ser contemporánea al contrato-base, sería extraño que ella pudiera referirse a una cosa no determinada aún sino por caracteres genéricos. El pacto encuentra una protección legal - y, no obstante, con notables restricciones –, en cuanto se le considera inspirado en un interés jurídicamente merecedor de amparo y tutela: el deseo del vendedor de conservar, a pesar de la transmisión, el mecanismo idóneo para, dentro de un tiempo limitado de antemano, reintegrar el específico bien a su particular esfera patrimonial. Resultaría, pues, insólito por demás la aceptación del pacto rescatador respecto a cosas sólo determinadas genéricamente – y en numerosas ocasiones consumibles – que el vendedor, con cierta frecuencia, ni siquiera posee al tiempo de celebrarse el contrato.

Por cuanto respecta a la venta de cosa ajena, hay que señalar que, en principio, nada se opone a la posible presencia en su seno del pacto. No se aprecia, en efecto, motivo alguno que imponga su exclusión, ya que, incluso en los supuestos en que el vendedor no es propietario del bien vendido en el momento de la perfección del contrato-básico - pues le cabe adquirirlo a partir de entonces y antes de la consumación de tal contrato -, puede el mismo, en

esa contingencia, tener interés en reservarse el derecho de recuperarlo.

Imagínese un ejemplo: el ahora vendedor está a punto de adueñarse, en virtud de la prescripción adquisitiva extraordinaria, de un bien mueble. Como lo ha poseído de forma ininterrumpida durante 5 años, 11 meses y 28 días, le faltan – a la luz del artículo 1955, 2 C. C. – sólo dos días para consumir la usucapión. No dispone de ninguna otra cosa, y se ve forzado, sin aplazamiento ni demora posible, a obtener una cantidad de dinero equivalente al valor de mercado del bien. No le es dable esperar las cuarenta y ocho horas que faltan para la prevista adquisición, y lo vende (a sabiendas de que podrá, salvo circunstancias imprevisibles, entregarlo en su momento debido al comprador, y así cumplir la obligación contractual asumida). Además, el bien perteneció en el pasado al actual vendedor, y guarda para él un gran significado sentimental. En vista de todo ello, cuando concierta el contrato de enajenación, decide añadirle la cláusula de redención.

2.1.4.2. Extensión o ampliación objetiva del derecho retractual:

Dicho lo cual, conviene centrarse en la extensión o amplitud del derecho rescatador respecto al bien sobre el que proyectan sus efectos, al unísono, la venta y el pacto.

Antes de nada, hay que reseñar que la hipótesis que representa el estereotipo, así contemplada por el legislador en la regulación codificada, es la del sujeto único tanto activo como pasivo. Se origina cuando el vendedor enajena la cosa, globalmente considerada, con pacto de retracto convencional, a un solitario comprador.

En tal caso, todo induce a entender que el derecho de reincorporación resulta ser, en líneas generales, indivisible. Sin embargo, al abrigo de la libre autonomía de las partes, deviene técnicamente concebible que éstas, mediante la utilización de una cláusula adicional, limiten el pacto de rescate a una simple porción del bien enajenado; por ejemplo, a un singular apartamento

del inmueble, o a una sola planta del entero edificio vendido; o que se otorgue al vendedor la facultad de elegir con total libertad, entre el conjunto de pisos enajenados y potencialmente retraíbles, el beneficiado por el rescate; o, incluso, como plantea Rubino⁴⁰, que se deje al vendedor la opción de recobrar el inmueble íntegro o determinada parte del mismo.

La referida acotación puede ser convenida, amén de contemporáneamente a la estipulación del pacto de retracto, también a *posteriori*; y en este último supuesto, con absoluta seguridad, no opera la limitación sólo en vía obligatoria, sino que se vuelve oponible frente a las personas que traigan causa del comprador, así como es aducible, al tiempo, por éstas.

La limitación es estipulable además, en tercer término, en la fase de ejercicio del rescate⁴¹; aun en momento tan tardío, se trata de retracto convencional parcial y no de retroventa. En esta hipótesis, por otro lado, las partes no dejarán de convenir igualmente, de mutuo acuerdo, el precio abonable por la parcial recuperación.

En los dos primeros casos, parecería necesario que los contrayentes, en el momento de establecer la cláusula de retracto parcial, precisaran también la cuota del precio correspondiente a la parte del bien – casi siempre inmueble – que admite redención, pues sólo tal cuota habrá de ser, después, reembolsada.

Si las partes no la determinan, la solución a primera vista más razonable sería estimar la nulidad del pacto de rescate; o, si se ha dejado en manos del vendedor la elección entre un retracto total o parcial, el exclusivo acogimiento de la recuperación íntegra.

Pero, en la certera opinión de Rubino⁴², cuya diafanidad exonera de todo comentario: " el pacto de retracto parcial es válido, aunque no se haya precisado la cuota del precio que deba reembolsarse, si la parte redimible es

⁴⁰ *La compravendita*, en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo, volume XXIII, ristampa della seconda edizione riveduta e ampliata, Milano, 1971, p.p. 1067 y 1068.

Véase, asimismo: García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. p. 591 y 592.

⁴¹ Se acordó en su día el derecho de rescate, pero la limitación aludida se establece al utilizarse la acción retractual.

⁴² *La compravendita*, cit., p. 1068, nota 61.

perfectamente homogénea respecto a las otras partes del bien – inmueble –, toda vez que entonces la cuota del precio correspondiente a ella se logra obtener mediante un simple cálculo proporcional, comparando la extensión de la parte rescatable y la del inmueble entero.”

Siempre que el vendedor, en cualquiera de esos supuestos, ejercite el retracto *pro parte*, se provocará el inevitable nacimiento de una comunidad de bienes. Diferente sería la solución cuando por razones circunstanciales se instrumenta, en un solo contrato, la compraventa de una pluralidad de objetos con pacto de retracto convencional, si bien con la asignación a cada uno de ellos de un precio específico; como, en verdad, habría en tal caso tantas ventas cuantos objetos concurrieran, se entendería que el contrato daría origen a un número equivalente de derechos de recuperación, no parciales, sino enteramente independientes unos de otros. Su ejercicio por separado no alumbraría ya ninguna comunidad de bienes; antes bien, permitiría el recobro del dominio de cosas aisladas que, de modo casual, se enajenaron en una única compraventa.

Tampoco coloca en atolladero alguno la admisión del pacto de retracto convencional en una venta de una parte o cuota de un bien. Constituye una nueva versión, a escala reducida esta vez, del supuesto paradigmático.

El pacto, y el derecho que surge de sus entrañas, se proyectan sobre el entero objeto del contrato: cuando se vende todo el bien, a él alcanza la posible recuperación; cuando la venta se concentra en una parte del mismo, el rescate no afecta sino a tal porción. Sobre este punto existe una profusa jurisprudencia, de la que son buena muestra los siguientes pronunciamientos: la S. T. S. de 12 de marzo de 1861 – resultando 1º –, relativa a la venta con pacto de retro de una parte de una casa y varias tierras; la S. T. S. de 25 de noviembre de 1873 – resultando 1º –, que, con mayor precisión se refiere a la venta con idéntico pacto de media casa; la S. T. S. de 29 de diciembre de 1884 – resultando 1º –, concerniente a la venta a carta de gracia de la parte de una vivienda compuesta por una tienda con 3 puertas y entresuelo; la R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 – resultando 1º –, que la proyecta sobre tres mitades de fincas; la R. D. G. R. N. de 31 de mayo de 1893 – resultandos 1º y

2º -, que contempla una venta a retro, entre otras cosas, de una casa y la mitad de una bodega; la S. T. S. de 18 de enero de 1900 – resultando 1º -, referente a la venta con *ius redemptionis* de la mitad de una panera ovetense, y $\frac{3}{4}$ partes de un molino harinero; o, por último, la R. D. G. R. N. de 8 de abril de 1914 – resultando 1º -, que contempla la venta con pacto de retro de la sexta parte indivisa de una casa madrileña.

La orientación difiere si el sujeto activo y/o pasivo del derecho de rescate, ora inicialmente, ora por circunstancias sobrevenidas, es doble o múltiple. Así, cabe imaginar varias hipótesis, que reciben una pormenorizada regulación en los artículos 1513 y siguientes del Código Civil⁴³, la cual parte del principio de que el derecho de recuperación es divisible o, dicho en forma clásica, el *ius redimendi est individuum*.

Por ende, como regla general – todo ello con las debidas correcciones, a fin de proteger y tutelar los intereses en juego⁴⁴ -, el intento recobrador puede ser actuado, separadamente, por cada titular retractual en su parte respectiva.

2.1.5. Elemento formal:

En el terreno formal, el ordenamiento jurídico español no dispone que el pacto de retro deba observar, para su validez, requisito especial alguno, pudiendo llegar a realizarse incluso verbalmente. Rige aquí, por lo tanto, para nuestra institución, al igual que para el contrato de compraventa en que se intercala, el principio espiritualista. Semejante laxitud en cuestiones de forma recibe consagración en el artículo 1278 del Código Civil, aunque, de tener por objeto un bien inmueble, será de aplicación el 1280, 1º, con el limitado efecto del 1279.

Lo cual no es óbice para que, luego de afirmarse el carácter real del derecho de retracto convencional por el artículo 1510 C. C., en aquellas ocasiones en que la venta con rescate recaiga sobre bienes raíces, resulte de indiscutible utilidad la inscripción de la cláusula en el Registro, que la dote de

⁴³ Vid. los epígrafes 7.2 y ss.

⁴⁴ Así, p. ej., la adoptada en el art. 1515 C. C.

plenitud de efectos frente a terceros. Y, como dispone el artículo 3º L. H., tal acceso a las notables ventajas dimanantes del mecanismo registral precisa de un instrumento idóneo para ello, cual es la forma documental pública.

Tampoco representa obstáculo alguno a la libertad de forma antedicha, las innegables dificultades probatorias a que puede conducir la conclusión verbal o en documento privado del pacto, medios huérfanos del carácter fehaciente de los instrumentos autorizados por notario, cuando se ejercita la acción de retracto convencional. Ilustra a ese respecto la cuestión la S.T.S. de 20 de enero de 1865, en que se resuelve un caso de presunta venta a retro de distintas propiedades por "papel privado", entre ellas un campo y un prado; razona, en su considerando segundo, que: "es preciso que conste = primero, la existencia del contrato, sus circunstancias (...), hechos que no aparecen suficientemente justificados a juicio de esta Sala".

En Francia, en parecidos términos, es bastante para la validez de la cláusula retractual que los contratantes hayan dejado translucir con suficiente acuidad su deseo de completar la venta con tal pacto. Particularmente expresivas se muestran, en este punto, las palabras de Weill-Becqué⁴⁵: "la cláusula de retracto no exige forma sacramental. Basta que los contratantes hayan expresado claramente su intención al respecto. La constatación de esta común voluntad se deja a la apreciación soberana de los Tribunales."

En Italia, la descrita tolerancia formal, propia de los regímenes jurídicos francés y español, se restringe parcialmente. Viene a suponer el sistema transalpino, a estos efectos, un nivel de rigidez intermedio, un poco más severo en términos de exigencias formales que los anteriores, mas sin llegar – como se verá – a los extremos de la legislación suiza.

En principio, desde un punto de vista lógico, permitiendo el pacto deshacer la venta originaria sin recurrir a un nuevo contrato – de efectos inversos a los del primero –, convendría ciertamente que fuera estipulado en la forma requerida para aquélla⁴⁶. Ahora bien, la realidad es que, en tanto que

⁴⁵ Voz "vente. Vente à réméré", en *Notarial Répertoire Dr. Français*, 8, 1983, p. 8.

⁴⁶ Algunos autores postulan sin embargo, no la conveniencia, sino la obligación de guardar la forma propia de la compraventa. Así, entre otros: Luminoso, A., quien aduce que "è opinione diffusa che il patto di riscatto debba rispondere agli stessi requisiti formali del contratto di vendita al quale accede." = *La vendita con riscatto (artt.*

cláusula agregada, puede ser convenida en una forma distinta a la del contrato-base⁴⁷, al margen de las notables incomodidades probatorias que dicha disconformidad conlleve – máxime si el pacto se concluye oralmente –, así como de las dificultades que surgirán para demostrar la unidad de voluntad negocial que debe concurrir entre uno y otra.

Pero si el contrato-base (normalmente la compraventa) necesita, en particular, una determinada forma *ad substantiam*, el pacto devendrá nulo si no observa también idéntica forma⁴⁸.

Esto tiene aplicación en materia inmobiliaria: el pacto ha de estipularse por escrito, del mismo modo que la compraventa en que se intercala, bajo pena, en caso contrario, de nulidad⁴⁹.

Finalmente, el grado máximo de exigencia formal corresponde al derecho suizo. Su severidad es tal que exige, para todos y cada uno de los pactos de retro – independientemente de la venta a la que acompañen y de los requerimientos a ese respecto delineados para ella –, la observancia de cierta forma *ad substantiam*. Su Código de Obligaciones, en su artículo 216, 2º, dispone con contundencia: “las promesas de venta y los pactos de preferencia y de retro no son válidos si no se convienen en escritura pública”⁵⁰.

2.2. El pacto redentor y la causa del contrato-básico:

Partiendo de la función caracterizadora de la causa, que la concibe como

1500-1509), en Il Codice Civile. Commentario, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, p. 273.

⁴⁷ Vid. Mirabelli, G.: *I singoli contratti...*, cit., p. 129.

Parecidamente se expresan Greco, P. y Cottino, G.: *Della vendita (artt. 1470-1570)*, en Commentario del Codice Civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, seconda edizione, Bologna-Roma, 1981, p. 339.

⁴⁸ Vid. Rubino, D.: *La compravendita*, cit., p. 1035; asimismo Luminoso, A.: *La compravendita. Corso di Diritto Civile*, seconda edizione, Torino, 1998, p. 185.

Algún autor va más allá, y no exige simplemente la misma forma *ad substantiam* requerida para la venta, sino que postula que, tanto el pacto como el contrato, consten en un único documento; como Luzzatto, R.: “Quando lo scritto è richiesto per la validità della vendita, come nelle ipotesi indicate nell’articolo 1350, credo che il patto di riscatto debba risultare dallo stesso documento”, da cui risulta il contratto di vendita.” = *La compravendita*, Torino, 1961, p. 425; o Carpino, B.: *La vendita con patto di riscatto*, cit., p. 265.

⁴⁹ Argumento ex art. 1350, I del Código Civil Italiano: “Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità:

k) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili;”

⁵⁰ “Les promesses de vente et les pactes d’emption et de réméré ne sont valables que s’ils ont été faits par acte authentique.”

un requisito esencial del negocio jurídico⁵¹, y siguiendo el concepto objetivo de la misma, que es el que parece acoger el artículo 1274 C. C.⁵², se puede definir a la causa de la compraventa como el fin práctico o la función económico-social que tal contrato busca realizar⁵³, y que es exigida por el ordenamiento jurídico para que ella produzca sus efectos propios, algo que trasciende de los motivos que conducen a las partes a celebrar el negocio, y que resulta diferenciable, asimismo, de los fines subjetivos concretos que éstas alberguen en cada supuesto concreto⁵⁴.

Pues bien, el pacto de retracto convencional añadido a una compraventa aporta estructuralmente, de forma voluntaria, al contrato-básico un mecanismo rescatador de eficacia real, pero no modifica la específica causa de semejante contrato, no supone un cambio en su fundamentación jurídica, en “el propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener”⁵⁵. Nos encontramos ante una enajenación mediatizada por la reserva de un derecho, pero enajenación al fin y al cabo. Por lo tanto, no bien se cumplen los requisitos del título y del modo, necesarios para la transmisión *inter vivos* de los derechos reales, el comprador con pacto de retracto convencional disfrutará sobre la cosa del mismo derecho hasta entonces ostentado por el vendedor, por lo general el dominio. Tan pronto como se consuma el contrato-básico, el comprador, tal y como ha certificado de manera inconcusa la S.T.S. de 28 de mayo de 1957 – considerando cuarto -⁵⁶, deviene *dominus* de la cosa. Además, será un dominio perfecto y pleno⁵⁷, igual que lo

⁵¹ Vid. De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, reimpresión de la reedición facsímil de la original de 1971, Madrid, 1997, § 215, p. 166.

⁵² Así, Albaladejo García, M.: *La causa*, en R. D. P., abril de 1958, p. 318. Ello sin ánimo de adentrarme en las interminables disquisiciones a las que podría conducir el examen de todas las teorías causalistas - objetivas o subjetivas -, unitarias o anticausalistas, cuyo estudio rebasa manifiestamente el ámbito de este trabajo, y que han sido analizadas al detalle por Clavería Gosálbez, L. H.: *La causa del contrato*, Bolonia, 1998.

⁵³ Vid. la recopilación de otras definiciones debida a Albaladejo García, M.: *La causa*, cit., p. 315.

⁵⁴ En ese sentido, vid., p. ej., Albaladejo García, M.: *La causa*, cit., p. 315.

⁵⁵ Díez-Picazo Ponce de León, L.: *El concepto de causa en el negocio jurídico*, en A. D. C., tomo XVI, fasc. I, enero-marzo de 1963, p. 32. Para Rubio Torrano, E., consiste en “el propósito buscado por las partes y determinante de la conclusión del contrato”. = *Comentario de la S.T.S. de 11 de julio de 1984*, en C. C. J. C., t. VI, 1984, p. 1948.

⁵⁶ “... en la venta con pacto de retro se transmite el dominio desde que la venta – aun subordinada a condición resolutoria, que depende del arbitrio del vendedor, o de su causahabiente – se consuma con la entrega de la cosa, ...”

En el mismo sentido, son destacables también, por su claridad, las Rs.D.G.R.N. de 27 de agosto de 1863 – considerando segundo -, 14 de enero de 1876 – considerando segundo - o 24 de octubre de 1893 – considerando primero -, y las Ss.T.S. de 25 de noviembre de 1873 – considerando primero -, 19 de mayo de 1896 - resultando primero - y 20 de mayo de 1943 – considerando cuarto -.

⁵⁷ Resulta muy expresivo, al efecto, el resultando primero de la S.T. S. de 10 de julio de 1890.

era el del enajenante, si bien su perdurabilidad, durante un período temporal predeterminado, resulta incierta. El comprador va a poder acometer sobre ella actos de administración y de disposición, como un propietario ordinario; sin embargo, sabe que la eventual enajenación o la imposición de gravámenes que efectúe, vigente el derecho de retracto convencional, podrán decaer. Sólo podrán, dado que el titular del derecho de rescate – el vendedor, sus sucesores o cesionarios – se hallan facultados para recuperar, pero no compelidos a ello. Por semejante razón, no parece acertado el criterio acogido por la R. D. G. R. N. de 21 de diciembre de 1886, en su considerando segundo, según el cual: “en la venta con pacto de retro (...) aspira el comprador (...) a adquirir sobre el inmueble un verdadero dominio temporal y resoluble”. No nace el dominio del comprador con una existencia temporal necesaria e inicialmente limitada; cabe que el rescate se produzca, mas resulta posible, asimismo, que la potencial claudicación del dominio del comprador no llegue a ocurrir, sea por renuncia del retrayente, por expiración del término hábil para rescatar – el originario o el de la prórroga o prórrogas - sin haberse utilizado el *ius redemptionis*, o por el ejercicio incorrecto del derecho recuperador.

El pacto de retracto convencional no distorsiona, en suma, la causa de la compraventa⁵⁸, no interesa al *cur contraxit*. Acontece, simplemente, que la continuidad de los efectos transmisivos logrados con la *traditio* – en sus dispares formas - se subordina a la correcta utilización del derecho rescatador. La convención se intercala en el marco de la relación jurídica creada por el contrato-base, pero su inclusión en ella no provoca una modificación de las obligaciones jurídicas derivadas de dicho contrato: en esencia, la entrega del precio y de la cosa, respectivamente. Tampoco existe una compraventa productora de obligaciones puras, que se destruya después para ser reemplazada por otra. La compraventa engendra sus habituales y típicas consecuencias, y el pacto sólo interfiere en la regulación de intereses propia de ésta desde el sector exterior, no desde la esfera interior: opera cual

⁵⁸” El artículo 1274, en su letra, es cierto que se refiere a “cada parte”, respecto de los contratos onerosos, pero considera en ellos unitariamente, como causa de todo el contrato, al servicio o beneficio, ...” = De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, cit., § 246, p. 186.

condición resolutoria moderadamente potestativa puesta en el contrato. No determina, por ende, la aparición de una modalidad especial de venta.

El pacto no trastoca la función del contrato dando vida a una autónoma y unitaria causa típica de nuevo cuño, que no sería ya el cambio de cosa por dinero, sino el trueque de dinero presente por dinero futuro. Por el contrario, contrato y pacto conforman en feliz armonía el conducto jurídico adecuado para disciplinar una situación de intereses en que, a un propósito firme de comprar, se le pretende anudar una intención cierta de vender, si bien no con carácter necesariamente definitivo. Al interés del adquirente por comprar se le añade, en la contraparte, un interés bastante considerable en vender, pero no tan fuerte como el que induciría a ésta a concertar una venta lisa y llana, despojada del pacto. El vendedor no desea desprenderse de modo irreversible de la cosa, por cuanto se reserva el derecho de recobrarla algún día, no más allá de una década; el comprador, por su parte, consiente en adquirir para sí un dominio tal vez perecedero.

El conjunto formado por el contrato-base y el pacto *adjectum* de rescate, por lo demás, requiere la contemporaneidad entre ambos componentes. Si, tras concluirse la venta, se permitiera la aposición posterior del pacto, no cabría que éste incidiera en el núcleo jurídico de la misma, sino exclusivamente sobre la posición en derecho del propietario: verbigracia, el supuesto de una promesa de reventa. En tal caso, el vendedor podría readquirir del comprador, mas no lo haría en virtud de un derecho de rescate que resolviera el vínculo creado por la compraventa, sino a través de un nuevo título, de una segunda compraventa, totalmente independiente de la primera.

El pacto de retracto convencional no sólo se alza como la fuente del poder redentor, atribuido originalmente al vendedor; también motiva el surgimiento de una verdadera y efectiva relación jurídica, en la cual él ocupa la posición activa. El lado pasivo es determinado por la sujeción al eventual ejercicio de ese derecho recuperador, y afecta al comprador o al ulterior poseedor del bien. Derecho que se ejercita por declaración negocial recepticia del retrayente, acompañada del cumplimiento de los capítulos recogidos en el artículo 1518 C.C., dentro de un término perentorio.

El sometimiento a la hipotética recuperación se presenta como una situación subjetiva inherente a la propiedad de la cosa que, por esa consustancialidad, circula con ella. Por lo mismo, puede sostenerse que la relación de rescate es, en su esfera pasiva, de naturaleza *propter rem*. La sujeción al retracto convencional atañe, por su neto tinte real sancionado en el artículo 1510, en general, al sujeto que al ejercitarse el derecho recuperador ostente la posesión de la cosa.

Desde la óptica activa, la posibilidad rescatadora corresponde al titular presente del derecho de retracto, autorizado para activar el mecanismo readquisitivo, ocupase o no la posición contractual de vendedor en el negocio-base. No es necesario que interviniera como parte en la venta, pues cabe que sea titular derivativo del derecho, bien como sucesor del enajenante, bien en concepto de cesionario.

A pesar de disfrutar el pacto retractual de una marcada índole accesorio respecto a la compraventa – por cuanto no tiene ninguna razón estipularlo sin ésta –, no es menos cierto que también se caracteriza por una función relativamente autónoma en relación con el contrato-cimiento. No va destinada la convención a integrar, especificar, ni siquiera a modificar, el contenido típico de la ordenación de intereses dispuesta con la compraventa, sino que sólo contiene, ella misma, una regulación de intereses particular, la cual no más interfiere – como se apuntó – en aquella reglamentación desde el ámbito externo⁵⁹. La venta representa un programa pactado de intercambio *res-praetium*, programa que, incluso cuando se completa con nuestro pacto, se destina en la previsión de los contratantes a ser actuado en su integridad.

La única peculiaridad consiste en que, como adición a la regulación de intereses privativa de la venta, se contempla de modo expreso una hipotética reapropiación onerosa del derecho previamente transferido al comprador – mediante la *traditio* –, por parte – en principio – del vendedor, frente a quien pueda hallarse en la posesión del bien. El titular del derecho de retracto

⁵⁹ Sólo desde ese punto de vista es compartible la caracterización que, del pacto de rescate, efectúa el considerando primero de la S. T. S. de 25 de octubre de 1924. Conforme a su tenor: “ el retracto convencional sirve para modificar de un modo esencial las condiciones ordinarias del contrato de compraventa... ”. El pacto, por el momento, no modifica para nada la compraventa-base, que se perfecciona y se consume normalmente.

convencional no asume, por otra parte, ninguna obligación - en sentido técnico⁶⁰ - de devolver la cantidad recibida en concepto de precio, y lo demás estipulado por ley o mediante convención. Únicamente el ejercicio del poder rescatador implica la carga aneja o inherente de verificar semejantes desembolsos. Tal afirmación aparece confirmada por las Rs. D. G. R. N. de 5 de junio de 1991 - fundamento de derecho cuarto, a) - y 18 de octubre de 1994 - fundamento de derecho tercero -. Esta última razona así: "El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener una cantidad de dinero; pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida, no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio; pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna".

En consecuencia, desde el momento en que el hecho de realizarse el rescate depende por entero de una privativa decisión del retrayente, de acaecimiento incierto, la falta de ejercicio del derecho recuperador no supone un acto ilícito de su titular.

La R. D. G. R. N. de 13 de julio de 1901 - en su considerando tercero - subraya, en una ociosa declaración, que el pacto de retracto convencional no ostenta el carácter de carga. Naturalmente que no, puesto que el calificativo de modo, carga o gravamen, desde un punto de vista técnico, se concede a la obligación accesoria que es dable imponer, al beneficiario, en los negocios a título gratuito, como el testamento o la donación. Supone, en otras palabras, un límite a la liberalidad o una aminoración jurídica de ésta. Y, completando el razonamiento, como tal pacto rescatador no cabe sino en los contratos onerosos, caso de la compraventa, transacción o permuta, se comprende la futilidad de lo afirmado en la Resolución.

El pacto de retracto convencional procede de la soberana voluntad concordada del comprador y vendedor, que convienen en adjuntarlo al

⁶⁰ *Vid.*, al efecto, García Cantero, G.: *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. p. 554, 561, 602 o 603.

contrato-nodriza. El vínculo jurídico que representa la compraventa se quiebra tan pronto como el retrayente hace uso del derecho de rescate inserto en dicha convención, derecho que no surge en toda compraventa por ministerio de la ley, sino que su presencia obedece a una decisión tomada y asumida por ambos contrayentes.

El derecho de recuperar la cosa posee un acusado alcance negocial. Es por eso por lo que los celebrantes se encuentran autorizados para, con las limitaciones que marcan los sectores indisponibles de su regulación, conformar con notable autonomía su régimen. En efecto, como señalan las atinadas palabras de la S. T. S. de 3 de diciembre de 1864, en su considerando primero: "... en el pacto de retroventa, como en todos los contratos, es lícito a los contratantes poner las condiciones posibles y honestas que crean oportunas, y entre ellas la de establecer el término que les convenga⁶¹".

Semejante amplitud concedida a las partes para la configuración jurídica de la cláusula recuperadora aparece confirmada en la S. T. S. de 18 de enero de 1900 – considerando 2º -, conforme a la cual: " ... el artículo 1507 del Código (...) si reconoce el derecho de retracto convencional, es sólo con arreglo a la convención de las partes,..." "

2.3. Su carácter dependiente respecto del contrato-básico. Consecuencias:

El pacto de retracto convencional, por otra parte, a causa de su estrecha e inevitable vinculación con el contrato-base, sufre asimismo los avatares jurídicos que experimenta éste: en ese sentido, por ejemplo, si se resuelve el contrato por falta de pago, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, se provoca en vía mediata la resolución de la cláusula rescatadora, al desvanecerse su soporte contractual. Con idéntico criterio, si la reserva del derecho retractual se hubiera estipulado en una compraventa

⁶¹ Antes de la entrada en vigor del Código Civil, la regulación contenida en Las Partidas no imponía un tope máximo temporal para el ejercicio del derecho recuperador, pues el retrayente podía rescatar "cuando quier" (Ley 42, Tit. V, Part. V) Ahora, en cambio, el artículo 1508 C. C. no permite que tal derecho retractual perviva más de diez años.

impugnable, y dicho contrato recibiera *a posteriori* convalidación o confirmación (cfr. artículos 1309 a 1313 C. C.), la convalidación proyectaría sus efectos sanadores, también, sobre el célebre pacto. Sin embargo, la S. T. S. de 13 de mayo de 1884 mantiene un criterio desemejante en su considerando primero: "... no habiendo transcurrido, respecto de la venta, los cuatro años del pacto de retroventa, no podía la vendedora entablar la acción de nulidad ni de rescisión cuando tiene expedito el medio de dejar sin efecto la enajenación, por medio de la entrega del precio ⁶²".

Se manifiesta la referida repercusión sobre la cláusula de las vicisitudes jurídicas padecidas por el negocio-cimiento, igualmente, cuando éste se encuentra afectado por una disposición accesorio o autolimitación de voluntad, como una condición suspensiva o un término inicial de eficacia. Es muy habitual en la contratación de inmuebles estipular una condición suspensiva, por cuya virtud el comprador no se obliga a entregar el precio (ni, por lo tanto, se consolida la venta) hasta que el vendedor haya inscrito la transmisión y cancelado todas las cargas que pesaran sobre el inmueble vendido.

El derecho recuperador nace desde que se pacta la cláusula que lo contiene, pero sólo deviene ejercitable luego de la consumación del contrato-base – por medio de una *traditio* real o simbólica –, por más que el artículo 1508 del Código se refiera a "la fecha del contrato": eso sería aceptable en un sistema de compraventa de corte transmisivo, como el italiano o el francés, pero no en uno de compraventa obligatoria como el español. Es probable que el legislador patrio pensara, al redactar así el precepto, en el supuesto práctico más habitual: la venta con pacto de retracto convencional de bienes inmuebles (casi el cien por cien de los casos) y, dentro de él, en su frecuente constancia en escritura pública; por lo tanto, dada la significación que a tal reflejo documental confiere el artículo 1462 C. C., conforme al cual dicha plasmación, salvo diáfana mención en contrario, equivale a la tradición, en un alto porcentaje de ocasiones perfección y consumación del contrato son simultáneas.

A resultas de todo ello, en lógica consecuencia, el período de rescate

⁶² En análogo sentido la S. T. S. de 17 de junio de 1920 – considerando tercero –.

debe hacerse transcurrir, cuando la compraventa se somete a las disposiciones accesorias apuntadas, a partir de la verificación de la condición suspensiva (artículo 1114 C. C.) o de la llegada del término inicial de eficacia, que es el instante en el que el contrato modalizado comienza a desplegar sus normales y típicas consecuencias. Como quiera que, antes de ese momento, el vendedor no se ha desprendido de su dominio sobre la cosa vendida, mal podrá reincorporar a su malla patrimonial algo que todavía le pertenece.

2.4. Razones que motivan el recurso al pacto retractual:

En otro orden de cosas, se impone, asimismo, dedicar algún comentario a los motivos que explican el empleo del pacto de retracto convencional; que justifican, en suma, su inserción en el contrato-básico.

Las razones que mueven a servirse del pacto rescatador, pueden sistematizarse en los cuatro siguientes grupos de causas:

I. Es concebible, en primer lugar, que el vendedor, al enajenar un bien que en el presente no le resulta de ninguna utilidad, desee asegurarse, por si llegara a precisarlo en el futuro, la vía o mecanismo para recuperarlo. Además, convendría, en tal caso, que la posibilidad redentora repusiera, en la medida de lo posible, el estado de cosas anterior a la celebración de la venta. Pues bien, ese dispositivo se articula técnicamente a través del pacto de retracto convencional. Weill-Becqué⁶³ cita uno de las imaginables variantes que presenta este particular motivo: “ella (la venta con la cláusula rescatadora) permite a quien, a consecuencia de su viudedad, no pueda proseguir una actividad comercial, esperar a que uno de sus hijos alcance la mayoría de edad, o haya acabado sus estudios, para que le sea posible a éste, previo el ejercicio del rescate, reemprender las empresas comerciales”.

II. Se aprecia, en segundo lugar, otro uso de la figura con finalidad menos loable que la precedente. El pacto constituye, conforme a esta nueva motivación, un instrumento para que el vendedor intente especular con las

⁶³ Voz “vente. Vente a réméré”, cit., p. 4.

eventuales variaciones de valor de la cosa vendida; así, el deseo del vendedor de una finca urbana de reservarse el derecho de recobrarla si más tarde se revaloriza, previendo, simultáneamente, no ejercitarlo si la cosa se desvaloriza debido a los avatares, verbigracia, de un plan de urbanismo.

III. En tercer término, puede ocurrir que el dueño de una cosa, movido por una exigencia inaplazable de procurarse dinero, lejos de recurrir a financiaciones onerosas, enajene conservando el poder readquisitivo del bien. La celebración del contrato-base obedece, por lo tanto, a la premura por convertir una determinada cosa en su equivalente en efectivo. El vendedor trata de lograr, con el soporte que le brinda su activo patrimonial, una liquidez que no consigue obtener de otro modo; finalidad o móvil que no tiene por qué constar al adquirente, que, en ese caso, paga y no presta.

Este pacto es manejado, con notable frecuencia, en circunstancias en las que el poder adquisitivo del dinero disminuye de forma célérica y sensible. Una persona acude a él cuando siente una necesidad apremiante de numerario, y no vislumbra otro camino para conseguirlo que vender una finca de cuyo encarecimiento, en un plazo más o menos breve, está persuadida. Vende, en efecto, pero opta por reservarse el derecho de recuperarla a través del ulterior abono del precio que ahora recibe, así como de los demás gastos legítimos.

IV. Finalmente, afluye el empleo del pacto de retracto convencional en función de garantía: un sujeto se ve obligado a transferir al mutuante, en garantía de la restitución del dinero proporcionado, un bien de su propiedad, por un precio idéntico a la suma prestada, en el bien entendido que con el reembolso de tal precio – y restantes capítulos descritos en el artículo 1518 C. C. –, le será dable rescatar la cosa enajenada. La seguridad de la devolución se alcanza, pues, articulando el préstamo como una compraventa engalanada con el pacto de rescate, hipótesis a la que le dedico el siguiente epígrafe.

2.4.1. La venta con pacto de retracto convencional en función de garantía:

La compraventa con pacto de retracto convencional puede entrar en la órbita propia de los denominados negocios jurídicos anómalos, por desarmonía entre el fin pretendido y la forma exterior adoptada, y albergar así en su seno una maniobra de simulación relativa, o encerrar un negocio fiduciario, indirecto o fraudulento, figuras que no son excluyentes entre sí.

En primer lugar, es concebible que, bajo la hopalanda de la venta con la cláusula de rescate, anide un negocio disimulado consistente en un préstamo con garantía real, hipótesis o posibilidad que algún autor ha elevado a la categoría de habitual⁶⁴, mientras que otro sector doctrinal no duda en identificarlo con la generalidad de los supuestos⁶⁵.

Entonces, el negocio simulado – la compraventa a retro – resulta afectado de nulidad y carente de efectos. Su causa falsa o fingida camufla otro contrato, que sí cuenta con una causa verdadera⁶⁶, el negocio disimulado: préstamo hipotecario o mutuo pignoraticio, el cual, no obstante, puede contravenir la prohibición del pacto comisorio o incidir en la abominable usura. En el préstamo con garantía, el prestatario cumple con la devolución de otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía, que cumplía un rol accesorio del préstamo; si no se devuelve el importe de éste, incluso cuando se tuviera un plazo pactado para ello, habría de perseguirse la garantía, una vez denunciada y probada debidamente la falta de pago del capital e intereses del préstamo, mientras que el comprador a retro, expirado el término retractual, conseguiría de forma automática que su dominio, hasta entonces resoluble, se tornase definitivo.

⁶⁴ Jaén, V.: *Derecho Civil* ..., cit., p. 404; Lezón, M.: *Los préstamos* ..., cit., p. 332; Rivero Hernández, F.: *Elementos* ... de J. L. Lacruz Berdejo, cit., *Derecho de obligaciones*, volumen segundo, tercera edición, p. 76.

Vid. asimismo la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

⁶⁵ Del Moral y de Luna, A.: *Los derechos* ..., cit., p. 363; Gutiérrez Fernández, B.: *Pacto de retro*, en R. G. L. J., Madrid, 1878, p. 612; Royo y Murciano, J. M.: *Las cartas* ..., cit., p. p. 499 y ss.

⁶⁶ S. T. S. de 31 de mayo de 1965 – considerando primero –.

Este caso de simulación relativa se ha producido en un número apreciable de ocasiones, y la jurisprudencia se ha hecho pertinente eco de ello, a veces manifestando claramente la ocultación de un préstamo con garantía⁶⁷, a veces manteniendo la semejanza de contornos de dicha simulación, vía la venta a retro, con la figura del negocio fiduciario⁶⁸, postura compartida por una autorizada corriente científica, que propugna, en términos generales, que la fiducia constituye, en verdad, un negocio simulado relativamente⁶⁹.

Sin embargo, a pesar de tales pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, el mismo Tribunal Supremo ha reconocido, con claridad meridiana, las diferencias entre el negocio simulado y el fiduciario⁷⁰.

Aunque ambas figuras se asemejan en la utilización de un procedimiento indirecto⁷¹ o vehicular, la simulación relativa conlleva la ausencia de voluntad negocial respecto al contrato simulado, ánimo ficticio que no se percibe en el negocio fiduciario⁷², que sí cuenta con la presencia de una voluntad negocial real y efectiva con el contenido sui géneris que las partes le han querido atribuir: a través del *pactum fiduciae* se persigue entronizar un límite a la eficacia real del negocio empleado como medio. Acontece en la *fiducia cum creditore* una transmisión del dominio con un fin de garantía, de forma que la causa de la atribución patrimonial se inserta, no ya en los artículos 1261 y 1274 C. C. – referidos, respectivamente, a la causa del contrato y al sistema cerrado de causas de las obligaciones –, sino en la genérica mención del

⁶⁷ R. D. G. R. N. de 21 de diciembre de 1886 – considerando segundo –, y Ss. T. S. de 6 de marzo de 1952 – considerando primero –, 8 de marzo de 1957 – considerando primero –, 30 de abril de 1957 – considerando primero –, 28 de mayo de 1957 – considerando tercero –, 4 de junio de 1957 – considerando primero –, 27 de octubre de 1960 – considerando primero de la primera sentencia –, 3 de abril de 1968 – considerando primero –, u 8 de octubre de 1981 – considerando segundo de la primera sentencia –.

⁶⁸ Ss. T. S. de 3 de mayo de 1955 – considerando octavo –, o de 15 de octubre de 1964 – considerando primero de la segunda sentencia –.

⁶⁹ De Castro y Bravo, F.: *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la doctrina del doble efecto*, en R. D. N., julio-diciembre de 1966, p. 30; también en su obra: *El negocio jurídico*, reimpresión de la reedición facsímil de la original de 1971, Madrid, 1997, § 478, p. 408; Albaladejo García, M.: *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, en Actualidad civil, nº 36, 4-10 de octubre de 1993, p. p. 663 y ss; Fuenteseca, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, p. p. 195 y ss.

⁷⁰ Por ejemplo: Ss. T. S. de 28 de enero de 1946 – considerando cuarto –, 10 de noviembre de 1958 – considerando primero –, 8 de marzo de 1963 – considerando tercero –, 14 de marzo de 1964 – considerando primero –, 25 de febrero de 1988 – fundamento de derecho tercero –, 7 de marzo de 1990 – fundamento de derecho cuarto –.

⁷¹ S. T. S. de 10 de noviembre de 1958 – considerando primero –.

⁷² S. T. S. de 25 de febrero de 1988 – fundamento de derecho tercero –.

artículo 1901 C. C.: “o por otra justa causa”.

En la operación fiduciaria – en su modalidad de la *fiducia cum creditore* – no interviene un negocio simple, como en la simulación, sino uno de corte complejo integrado, a su vez, por dos interdependientes⁷³, complementarios o yuxtapuestos⁷⁴, enlazados por una finalidad unitaria⁷⁵: uno real positivo, de transferencia o transmisión plena del dominio⁷⁶, con su correspondiente atribución patrimonial *erga omnes*, y otro obligatorio negativo – de garantía –, válido entre las partes, que constriñe al fiduciario a usar de su derecho dentro de los límites convenidos⁷⁷, es decir, de manera que no impida la recuperación por el fiduciante de la titularidad transmitida, y consiguiente deber en otro caso de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Este negocio obligacional compele, por lo tanto, a la devolución de lo adquirido no bien la obligación crediticia que el primero – el real – asegura se haya saldado.

Pues bien, no se le oculta a nadie que la compraventa con el pacto retractual es susceptible de ser utilizada con la mirada puesta en proporcionar garantía real a un mutuo⁷⁸, es decir, emplear aquélla como frazada de una *fiducia cum creditore*, en un uso ocasional que De Gispert⁷⁹ califica de patológico o de forma impura de la venta a retro.

En punto a ello, interesa constatar que en el derecho consuetudinario asturiano pervive aún un contrato llamado *empeño o empeña*, bastante frecuente en la zona occidental del Principado, definido como - según recoge Tuero Bertrand - “aquel mediante el cual, el dueño o poseedor de un inmueble lo transmite a otra persona, reservándose el derecho de recuperarlo, cuando devuelve al adquirente el dinero u otra cosa fungible que éste le prestó⁸⁰”.

⁷³ S. T. S. de 3 de mayo de 1955 – considerando séptimo -.

⁷⁴ S. T. S. de 14 de marzo de 1964 – considerando primero -.

⁷⁵ Ss. T. S. de 8 de marzo de 1963 – considerando tercero – y 7 de marzo de 1990 – fundamento de derecho cuarto -.

⁷⁶ S. T. S. de 23 de febrero de 1951 – considerando primero -.

⁷⁷ S. T. S. de 28 de enero de 1946 – considerando cuarto -.

⁷⁸ Ss. T. S. de 31 de octubre de 1955 – considerando segundo -, 5 de julio de 1982 – considerando cuarto -, 22 de diciembre de 1988 – fundamento jurídico decimoséptimo -, 19 de mayo de 1989 - fundamento jurídico cuarto -, y 7 de marzo de 1990 – fundamento jurídico tercero -.

⁷⁹ *Contrato de compraventa a carta de gracia* (Comentario a la Sentencia del T. S. de 23 de marzo de 1972), en R. J. C., 1973, p. 115.

⁸⁰ Tuero Bertrand, F.: *Diccionario de Derecho consuetudinario e Instituciones y Usos Tradicionales de Asturias*, 1ª edición, Gijón, noviembre de 1997, p. 44.

Sigue diciendo: “Participa de la naturaleza de la hipoteca y de la anticresis en lo de servir de garantía, pero

Cierto segmento doctrinal⁸¹ postula, con una predisposición negativa hacia la venta con la cláusula rescatadora, una rotunda identificación de ella con el negocio fiduciario, desconociendo así las diferencias que separan con claridad su respectivas caracterizaciones. Semejantes divergencias principian por la propia configuración del negocio fiduciario como negocio complejo, integrado por una dualidad de convenciones, extremo ausente en la venta a retro, compuesta por un negocio básico simple – un contrato – al que se le agrega un pacto resolutorio que no trastoca su estructura, ni la convierte en una compraventa especial.

El negocio fiduciario es un instituto atípico admitido en virtud del principio de autonomía privada ínsito en el artículo 1255 C. C., al tiempo que la venta con la cláusula de redención recibe el refrendo positivo del Código Civil y las Compilaciones Navarra y Catalana.

El negocio fiduciario implica una desproporción entre el medio elegido y el objetivo de garantía, que pudo conseguirse de un modo más sencillo a través de un préstamo con el establecimiento de una prenda, hipoteca o anticresis, desequilibrio que no aparece en la venta a retro, donde se persigue vender y comprar, respectivamente, por los intervinientes, aunque el dominio que obtiene el adquirente resulte por un tiempo claudicante.

En otro orden de cosas, es reseñable la relación de confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario de que éste no haga nada que ponga en peligro la recuperación del bien por aquél, relación de confianza que no tiene por qué encontrarse, en la venta con pacto de rescate, entre el enajenante y el adquirente. El fiduciante confía en que el fiduciario no proceda " deslealmente y abus(e) del poder excesivo que se le confió, bien creando terceros adquirentes, frente a los cuales el fiduciante carezca de acción, si merecen la calificación de terceros, o si, llegado el caso, resiste el cumplimiento de la

difiere en todo lo demás, y tiene de común con el retracto convencional, el que su eficacia se halla pendiente de condición resolutoria, y se distingue en que no tenía plazo.

Es, en suma, en la intención de las partes, un derecho real innominado que garantiza el cumplimiento de una obligación. Constituye, pues, una verdadera venta con pacto de retro que concede, más bien, al vendedor un *ius ad rem* que un *ius in re*, y en todo caso una acción personal. " = *idem*, p. 44.

⁸¹ Sapena Tomás, J.: *Actualidad* ..., cit., p. p. 125 y ss; Lasarte Álvarez, C.: *Principios* ..., cit., tomo tercero, cuarta edición, p. 211; Feliú Rey, M. I.: *El tanteo* ..., cit., p. 43.

obligación restitutoria ", y " el reintegro de la cosa transmitida, no se confía, como en el retracto convencional que, tan a menudo envuelve un préstamo, al ejercicio de una acción real que se confiere al vendedor para resolver la venta una vez devuelta la suma prestada, que figuró como precio en la transmisión, con los resarcimientos consiguientes, sino a una obligación de carácter personal, que asume el comprador, si bien sujeta a la condición suspensiva de que se le devuelva la cantidad que entregó, antes o al tiempo de perfeccionarse el negocio jurídico concertado ⁸² ".

La anexión del pacto retractual a la compraventa no trastoca la naturaleza del contrato-matriz, que deberá reunir, al igual que si fuera una compraventa pura y simple, desprovista de nuestro aditamento jurídico, los requisitos imprescindibles: consentimiento, objeto y causa; esto es, se perfecciona por el mero consentimiento, siempre que haya acuerdo en el objeto y en el precio, y se consuma por intermedio de la tradición. Comparecen, respectivamente, un ánimo de comprar y de vender en las partes negociales, y cada prestación se presenta como fundamento y justificación de la otra.

La cláusula rescatadora sólo añade a la compraventa el nacimiento, en manos del vendedor, de un derecho real que le permite durante cierto tiempo y, a través del cumplimiento de determinadas cargas, la recuperación del derecho transmitido – por lo general el dominio – sobre el bien enajenado. Ello separa a la venta a retro, en su recto y cabal sentido, es decir, cuando el propósito de los intervinientes se dirige a dicha transferencia dominical, de la esfera de actuación del negocio simulado o fiduciario ⁸³ .

La compraventa con el pacto de recuperación en su ortodoxo diseño, en su función normal o estándar, responde a un móvil: el vendedor desea, por razones de afección, o bien porque en el instante de enajenar la cosa no le reporta ninguna utilidad – pero prevé que pueda necesitarla en lo venidero –, atribuirse temporalmente el poder o la vía jurídica para hacerla retornar a su embalse patrimonial. En ese sentido, se pronuncia la S. T. S. de 14 de

⁸² Según refiere la previamente mentada S. T. S. de 14 de marzo de 1964 – considerando primero –.

⁸³ S. T. S. de 19 de septiembre de 1997 – fundamento de derecho primero –.

noviembre de 1957 – considerando primero -, que contempla un supuesto en el que “no estaban los vendedores (a retro) en situación económica angustiosa, pues la venta y marcha a otra población se debió al natural y legítimo deseo de aumentar sus ingresos”. O la de 3 de mayo de 1976 – considerando primero -, que refrenda que la venta con rescate “puede obedecer sin duda a razones perfectamente respetables compaginando, por ejemplo, la necesidad de vender, sin más complicaciones, para disponer del precio, con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de la situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el art. 1507 del C. Civ.⁸⁴”.

Empero, en una infinidad de ocasiones – la abrumadora mayoría -, el contrato-básico al que se le adiciona nuestra cláusula, sin abandonar su carácter de venta, cumple, adicionalmente y de forma indirecta, una función crediticia o de aseguramiento⁸⁵ - hipótesis incardinada en la denominación misma que a la carta de gracia se le daba *ex lege* también en Cataluña: “*empenyament*”⁸⁶ -, y pasa a convertirse en una compraventa con pacto de retracto en función de garantía, que no se halla normativamente disciplinada en el Derecho común, pero sí en la Compilación Navarra, en su ley 463, en sede de <<disposiciones generales>> sobre las garantías reales, entre las que cita de modo expreso a dicho pacto de retracto, al que luego le dedica el capítulo IV del título VII del libro III (leyes 475 a 480 inclusive), preceptos que introducen – según se analizará – ciertas peculiaridades normativas respecto a la venta a retro estándar o tipo, al objeto de proteger la posición del

⁸⁴ *Vid.*, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 1991 – fundamento de derecho II -.

⁸⁵ S. T. S. de 3 de abril de 1981 – considerando tercero de la primera sentencia -.

⁸⁶ La Ley 29/91, de 13 de diciembre suprime la mención que antes existía respecto al *empenyament*, al cual se referían los artículos 326, 327 y 328 de la Compilación de 1960, todos ellos en su primer párrafo.

A tal respecto, Durán y Bas, M., expresa, respecto a la compraventa a carta de gracia, que “llamóse antiguamente este contrato *empenyament* o *empenyo*, indudablemente por su origen: y, según algunos escritores catalanes, más que una venta es una venta bastarda; de suerte que, para calificarlo con mayor exactitud, debe considerársele, como un préstamo, con prenda, sobre la cual el poseedor ejerce los derechos de dominio con carácter revocable, y por el lucro cesante del capital dado en precio percibe de su cuenta y riesgo los productos de la finca.” = *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, p. 149.

vendedor y conjurar el peligro de que el comprador pudiera prevalerse de su mejor situación económica, y que separan la misma con diafanidad de la fiducia de garantía, definida en la ley 466 de la propia Compilación⁸⁷.

El contrato exteriorizado, sin abandonar su naturaleza de compraventa, tolera que en la intención de las partes intervinientes – sobre manera en la intención del vendedor, que es quien anhela el potencial recobro de la cosa -, se contemple como un negocio de crédito, toda vez que suministra al enajenante un numerario que persigue, y al comprador le sirva como medio para colocar dinero con un respaldo o refuerzo real, lo cual lo aproxima desde la óptica práctica al negocio fiduciario.

Si existe un préstamo previo *inter partes*⁸⁸, la ulterior celebración de una compraventa a retro entre los mismos sujetos opera, desde el punto de vista estructural, como una dación en pago con cláusula resolutoria, puesto que el vendedor se desprende de un bien en pago de una deuda, mas con la capacidad jurídica de recuperar la cosa a cambio del reintegro de su precio.

En tal caso, acreedor y deudor, con el deseo de finiquitar el vínculo obligatorio, conciertan una compraventa con cláusula redentora, que implica la novación de la anterior relación y su reemplazo por el nuevo contrato. El dinero entregado en su momento a crédito deviene, de presente, precio, y si hubo entonces una garantía en forma de prenda, hipoteca o anticresis, ésta se transforma en el objeto del contrato de compraventa.

Es dable, también, que se concierte una compraventa con el pacto retractual “en garantía”, sin que se observe una relación crediticia previa entre los contratantes, siempre que aquélla respete el requisito esencial de su configuración, que es que el vendedor apele a la figura en pos de la obtención de una suma de dinero de la contraparte, a cambio de desprenderse de un dominio sobre un bien, con la fundada esperanza de recobrarlo tan pronto

⁸⁷ Ley 466 de la Compilación Navarra: “*Fiducia*. Por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. Cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la Ley 470. No obstante, si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada.”

⁸⁸ Vid. la S. T. S. de 15 de octubre de 1958 – considerando tercero –.

como consiga sortear sus apuros económicos.

En todo caso, el comprador no poseerá ya la condición de acreedor – pese a las expresiones utilizadas por las leyes 475, 1, así como la 477, 1 y 479 de la Compilación Navarra⁸⁹ –, pues no está facultado para exigir el pago de un crédito que ha dejado de existir: no dispone de acción para reclamar del vendedor que le devuelva el precio de la cosa. Dicho crédito se ha visto sustituido por el dominio resoluble que adquiere el comprador. De otro lado, el vendedor no se encuentra obligado a restituir la cantidad recibida a préstamo: no surge ningún derecho de crédito contra él, ni nada le impele a rescatar⁹⁰.

Ilustra a este respecto la perspicaz opinión de Rodríguez-Rosado⁹¹, según la cual, disintiendo de la tesis expuesta en las Rs. D. G. R. N. de 30 de junio de 1987 – fundamentos de derecho segundo y tercero –, 5 de junio de 1991 – fundamento de derecho cuarto – y 18 de octubre de 1994 – fundamento de derecho tercero –⁹², manifiesta que “la venta con pacto de retro en función de garantía no es un negocio simulado, una compraventa en la que falte la causa del 1.445 del Código Civil, sino una compraventa real y existente en la que se pretende transmitir la propiedad a cambio de un precio, se quiere la cosa vendida o comprada, por más que a ese fin típico de transmitir la propiedad se sume la intención de garantizar; podría ser calificado dentro de la categoría de los negocios indirectos pero no creo que se deba entender que es un negocio sin causa de compraventa pues las partes quieren que ésta se produzca aunque sea con el fin de garantía”.

Y no se revela correcto hablar de la existencia de una garantía real, por la sencilla razón de que no concurre la presunta obligación principal asegurada, que es inexistente. Ni hay garantía, ni acreedor ni deudor,

⁸⁹ La primera de esas leyes utiliza el término “deudor”, y las dos restantes el de “acreedor”.

⁹⁰ Vid. la S. T. S. de 10 de noviembre de 1899 – considerando tercero –.

⁹¹ *Comentario de la R. D. G. R. N. de 18 de octubre de 1994*, en C. C. J. C., núm. 37, enero-marzo de 1995, p. 330.

⁹² Esta última afirma: “En cambio cuando se pretende instrumentalizar, la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador a requerir el pago al vendedor. Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado (en tal caso el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo – arts. 1.261.3 y 1.274 del Código Civil –)”.

simplemente una compraventa singularizada por un fin especial y, por consiguiente, un vendedor y un comprador.

Tampoco procede la posible aplicación de las normas prohibitivas del pacto comisorio, que autoriza al acreedor a elegir, llegado el vencimiento de la obligación garantizada, entre exigir el cumplimiento de aquélla o quedarse con la propiedad del bien. Si el comprador, acaecido el vencimiento del término retractual, logra la titularidad definitiva del bien, no se apropia de ninguna garantía, porque no es acreedor, sino que se beneficia, en concepto de mero espectador jurídico, de la falta de utilización o ejercicio incorrecto del *ius redemptionis* por su titular.

La Compilación Navarra, en consideración al nutrido porcentaje de supuestos en que la compraventa con pacto de rescate se instrumenta en función de garantía, contiene un conjunto de presunciones en pro de la naturaleza crediticia de la operación contractual.

Ya en la ley 475, 2, que encabeza la regulación normativa de la figura, estima que articula una garantía cuando expresamente lo estableciera el título, es decir, el contrato, documentado o no. De igual manera – continúa diciendo el precepto –, cuando así se desprenda del contrato, lo cual sucederá, ora cuando las partes se remitan a las leyes de la Compilación referentes a la venta a carta de gracia con fin de garantía, ora cuando, en ausencia de la reseñada remisión, los contratantes establezcan el régimen que tales leyes disponen. Asimismo, entiende atinadamente Rodríguez-Rosado⁹³ que se producirá esta hipótesis cuando “sin aludir al fin de garantía, de los propios términos del contrato cabe deducir esa intención: porque la relación previa entre comprador y vendedor es la de acreedor y deudor respectivamente; porque se pacta el pago de intereses por el vendedor mientras esté pendiente el ejercicio del derecho de retroventa; o porque al vendedor corresponde el pago de los gastos, seguros y contribuciones sobre la cosa vendida”.

También, a tenor de lo explicitado en la ley 584 de la citada Compilación, por expreso reenvío de la 475, 2, se supondrá, con presunción *ius tantum*⁹⁴,

⁹³ *Fiducia* ..., cit., p. 281.

⁹⁴ Argumento ex ley 24 de la propia Compilación Navarra.

que la venta con pacto de retro por tiempo determinado constituye una forma de garantía real, siempre que el vendedor continúe por cualquier título en posesión de la cosa, extremo que no priva de su condición de tal a la venta con la cláusula rescatadora, tanto si el tiempo de mantenimiento de la posesión por aquél es inferior cuanto si igual al del término retractual⁹⁵. Por lo general, semejante conservación de la posesión del bien en manos del vendedor lo será en calidad de arrendatario durante el período redentor, contrato que se conviene en un gran número de ocasiones, y que le obliga al mismo a abonar una cantidad periódica en concepto de renta⁹⁶.

La ley 476 de la Compilación maneja con singularidad la presunción basada en la persistencia del vendedor en la posesión del bien, y le insufla ahora un carácter inverso, de suerte que, si se deduce la naturaleza o índole de garantía de una concreta compraventa a retro, presúmese – por decisión normativa –, salvo pacto en contrario, que el vendedor tiene derecho a la posesión y disfrute de la cosa, y se encuentra obligado al pago de los gastos, seguros y contribuciones que se susciten.

En las Notas a la Recopilación Privada correspondientes a la ley 488, cuyo contenido se vierte en el de la actual 476, se lee que “esta ley se basa en la consideración práctica de que el vendedor, de hecho, sigue siendo propietario de la cosa y continúa así en su posesión y disfrute⁹⁷”, lo cual parece dar a entender que la compraventa a retro en su función de garantía se identificaría con un negocio fiduciario – superando la teoría del doble efecto –, de manera que el comprador obtendría no más que una <<propiedad formal>>, es decir, una propiedad aparente de la cosa confiada, al tiempo que el vendedor retiene la <<propiedad material>> del bien, tesis que viene a ser

⁹⁵ Ss. T. S. de 13 de noviembre de 1906 – considerando primero –, 13 de marzo de 1913 – considerando segundo –, 26 de mayo de 1930 – considerando segundo –, 23 de marzo de 1957 – considerando primero –, 14 de diciembre de 1966 – considerando cuarto –, 19 de septiembre de 1997 – fundamento de derecho primero –, y 30 de junio de 1998 – fundamento de derecho primero –.

⁹⁶ Rs. D. G. R. N. de 27 de enero de 1900 – resultando y considerando segundos –, 6 de julio de 1901 – resultando primero y considerando segundo –, 6 de mayo de 1902 – resultando y considerando primeros –, 6 de octubre de 1925 – resultando primero –, 23 de julio de 1927 – resultando segundo –, Ss. T. S. de 2 de enero de 1928 – considerando quinto –, 4 de mayo de 1928 – considerando cuarto –, 13 de octubre de 1934 – considerando tercero –, 12 de julio de 1943 – considerandos primero y segundo –, 12 de abril de 1957 – considerando segundo –, 14 de noviembre de 1957 – considerando primero –, 8 de mayo de 1958 – considerando primero –, 27 de octubre de 1960 – considerando primero de la primera sentencia –, 22 de noviembre de 1962 – considerando tercero –.

⁹⁷ *Recopilación Privada*, en Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona, 1971, p. 256.

corroborada por la ley 537 de la Compilación, y que le lleva a Rubio Torrano a mantener que: “en la vida práctica frecuentemente la venta con pacto de retro como garantía agotará en ésta su propia finalidad, es decir el querer de las partes no irá más allá de pretender una garantía suficiente que refuerce el cumplimiento de una obligación dineraria⁹⁸”, ejemplo de uso anómalo de la venta con la cláusula rescatadora, en la que ésta no es tal, sino una *fiducia cum creditore*, pero eso no empece a un empleo de nuestra venta a retro que, sin abandonar su carácter, despliegue a título adicional servicios de garantía, lo que el mismo autor no puede por menos de calificar de “compraventa verdaderamente querida” por las partes⁹⁹.

Volviendo a la presunción enunciada por la ley 476 de la Compilación, ella se justifica dado que, en atención a que la venta a retro responde a una finalidad aseguradora, de garantía de un crédito, el mantenimiento o conservación del bien en poder del vendedor y, en función de ello, el uso y la percepción de sus rendimientos, le facilita sobre manera el mecanismo de aprontar recursos, traducirlos en dinero y proceder al rescate. Y, en el otro borne, el comprador que adquiere la cosa con la cláusula retractual, que en efecto compra, pero lo hace, no porque le resulte conveniente la posesión del bien *pendente condicione*, sino al objeto de reafirmar su posición con la propiedad que se le transfiere. El espíritu que anima o impulsa la norma se cifra, con un marcado cariz práctico, en la consideración del carácter resoluble temporalmente del dominio que recibe el comprador: “no se pretende tanto que el comprador adquiera un bien, cuanto que el vendedor se vea constreñido a reintegrar el precio a fin de recuperar la cosa; en consecuencia, ese fin limitado no requiere la transmisión de la posesión¹⁰⁰”.

Por otro lado, la ley 477 de la Compilación ha introducido, en relación con la concordante del régimen de la venta a retro normal, paradigmática o estándar, específicas prevenciones o paliativos en orden a impedir que el vendedor pierda a título definitivo el dominio porque expire el derecho de rescate sin percatarse él. La diferencia de trato puede estribar en que el pacto

⁹⁸ *La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro*, cit., p. 28 y 29.

⁹⁹ *Ídem*, p. 29.

¹⁰⁰ Rodríguez – Rosado, B.: *Fiducia* ..., cit., p. 282, nota 25.

de recuperación, genéricamente considerado, atribuye al enajenante una facultad real que caduca por el transcurso del tiempo en favor de la propiedad; en cambio, cuando la venta a retro asume la modalidad de garantía, el término juega en provecho del transmitente, y por ello se evita el automatismo del plazo.

Impone la citada ley que el acreedor (recte: el comprador a retro), para conseguir que la adquisición de propiedad devenga firme¹⁰¹, habrá de requerir – y es norma imperativa – fehacientemente al vendedor para que éste ejercite el derecho de rescate, pues, en caso contrario, se extinguirá su derecho en el plazo de un mes, o en aquel otro mayor que figurase en el contrato.

En Cataluña, su Compilación alberga un precepto similar, el artículo 326, 1 *in fine*, que reza así: “si el vendedor o sus sucesores ocupan la finca vendida con carta de gracia o la detentan por cualquier título, el derecho de redimir no caduca por el simple transcurso del plazo pactado, siendo preciso un requerimiento especial, con fijación de un nuevo plazo improrrogable, que no será inferior a tres meses”.

La ley 478 del texto navarro, por su parte, excluye de forma expresa la aplicación, a la venta con la cláusula de redención como garantía, de la rescisión por lesión. En una primera aproximación, y habida cuenta de que dicha Compilación sí contempla el correctivo rescisorio para la compraventa a retro normal o tipo¹⁰², que solo podrá utilizarse cuando haya caducado el plazo o se haya extinguido el derecho a retraer, parece que debiera inferirse que en aquélla no se persigue la consecución de la normalidad económica, y le resultara de todo punto indiferente el desequilibrio de las contraprestaciones *inter partes*.

Entonces, con prescindencia de tal remedio normativo, es dable preguntarse si existe alguna manera de reacción frente a ese desequilibrio, y la

¹⁰¹ El empleo de este adjetivo, le sirve a E. Rubio Torrano como otro argumento a favor del alcance fiduciario de la venta a retro en garantía: “ Resultan, también, reveladoras del carácter y alcance de la propiedad adquirida por el comprador las expresiones que se utilizan en las leyes 477 (<<no hará firme la adquisición...>>), 478 (<<la adquisición firme...>>) y 479 (<<consumada la adquisición...>>). ” = *La venta a carta* ..., cit., p. 29. Ahora bien, la utilización – criticable por la falta de rigor – de tales términos se ha dado y se sigue dando en el ámbito del Derecho Común – donde no existe tipificada la venta con pacto de retracto en función de garantía -, por nutrida doctrina y abundante jurisprudencia, incluso por la que concluye que la venta a retro es una venta sujeta a condición resolutoria.

¹⁰² En la ley 503, 2, en relación con la 578.

respuesta debe ser positiva, corporeizada en el inmediato recurso a las prescripciones de la Ley de Usura, para lo cual no es necesario catalogar a la venta con el pacto retractual en garantía como préstamo, ya que su artículo 9º extiende el ámbito aplicativo de la ley a “las operaciones sustancialmente equivalentes al préstamo de dinero”; por ello, el vigor de sus preceptos alcanza a una verdadera compraventa a retro con finalidad crediticia y aseguradora, como ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien no suele hacerlo directamente, lo cual es perfectamente factible, sino partiendo de que la venta a retro encubre un préstamo disimulado¹⁰³.

Y la Ley de Azcárate, a la hora de dilucidar controversias de justicia material – carencia de equivalencia en las respectivas prestaciones – se revela más adecuada que la herramienta de la rescisión por lesión.

Primero, en efecto, es factible que en una venta a retro en garantía el desequilibrio apuntado no logre un nivel tal que pueda apelarse a la figura rescisoria – por lesión enorme o enormísima¹⁰⁴, y sí que albergue una disparidad usuraria que la haga incurrir en nulidad a tenor de la Ley de 1908.

En segundo lugar, a través de la Ley de Usura se amplía el flanco de ataque contra una venta a retro con finalidad de garantía, puesto que no sólo se reprime el contrato desnivelado en las prestaciones, sino también el que resulte usurario por otras causas, ya las generales del artículo 1º del texto legal, ya por fijarse un precio de rescate sensiblemente superior al de la venta-básica.

De ello se extrae que puede ser considerada usuraria y, por ende, nula una compraventa a retro como negocio indirecto de crédito, usando un criterio objetivo¹⁰⁵, cuando se estipule – según el artículo 1º, párrafo primero L. U. – un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Esto es, la cantidad que en calidad de tal, el vendedor se compromete a pagar *pendente condicione* de

¹⁰³ Sentencias de 25 de octubre de 1924 – considerando cuarto -, 13 de octubre de 1934 – considerando segundo -, 9 de abril de 1941 – considerando segundo -, 31 de marzo de 1944 – considerando tercero -, 16 de junio de 1947 – considerando cuarto -, 7 de febrero de 1948 – considerando sexto -, y 6 de marzo de 1964 – considerando tercero -.

¹⁰⁴ Vid. la ley 499, 2 C. N.

¹⁰⁵ Ss. T. S. de 1 de junio de 1944 – considerando segundo - y 15 de marzo de 1956 – considerando primero -.

manera periódica al comprador, amén de lo que en su caso abone en concepto de precio de rescate y gastos de legítimo abono. De ordinario, ese interés adopta la forma de renta del arrendamiento pactado para que el vendedor continúe disfrutando del bien durante el término rescatador, según se tuvo ocasión de señalar con anterioridad.

Se han ocupado del caso las Ss. T. S. de 2 de enero de 1928 – considerando octavo -, 13 de octubre de 1934 – considerando tercero -, y 14 de enero de 1936 – resultandos primero y sexto -. Las dos primeras aprecian que un interés o renta del arrendamiento del 7% o 6%, respectivamente, no convierten en usuraria a la venta a retro. La tercera sí que estima usurario un interés del 24 %.

También incide en la órbita usuraria – segunda parte del párrafo primero del artículo 1º L. U. -, utilizando un criterio subjetivo¹⁰⁶, el contrato que se celebre en circunstancias tales que se catalogue como leonino, es decir, que despusen motivos para colegir que su aceptación por el vendedor obedecía a la situación angustiosa por la que atravesaba, a su inexperiencia, o a lo cercenado de sus facultades mentales.

Así, verbigracia, la S. T. S. de 29 de febrero de 1928 – considerando segundo -, que corona la nulidad de una compraventa con pacto de retro novatoria de un préstamo con interés usurario, basándose en que se establecieron condiciones leoninas, pues el contrato fue celebrado por el vendedor poco antes de ser declarado incapaz, teniendo muy mermadas sus facultades mentales y en una situación de agobio económico.

Análogamente, el supuesto referido por la S. T. S. de 6 de marzo de 1964, que identifica como maniobra realizada en condiciones leoninas, aceptada por el estado angustioso del prestatario, el conjunto de convenciones que logra elevar un primer préstamo de 40.000 pesetas, más tarde garantizado con hipoteca, hasta conseguir que el prestamista consienta en suscribir como pago una compraventa con pacto de retro por precio de 252.544,32 pesetas. Según el tenor literal de su considerando tercero, el “conjunto de actos

¹⁰⁶ Vid. la S. T. S. de 15 de marzo de 1956 – considerando primero -.

(acometidos por el inicial prestamista y, *a posteriori*, comprador) es calificado de constituir, esencialmente, un préstamo usurario, por las circunstancias ya declaradas, del excesivo interés y por el carácter leonino de los pactos, en exclusivo beneficio del hoy recurrente, conceptualización consecuente de los hechos fijados por dicha sentencia, y bastaría en armonía a la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1940¹⁰⁷ advertir que las ventajas del negocio están sólo a favor del acreedor para presumir que ha sido aceptado el préstamo por el imperio de una necesidad agobiante,...

La S. T. S. de 14 de junio de 1920 – considerando quinto –, mantiene que es tildable de leonino el acuerdo que señala que la ausencia de pago de la renta de un solo mes (del arrendamiento concertado a favor del vendedor respecto al bien transmitido) comporta la caducidad anticipada del derecho de rescate. Semejante pacto no trastoca la naturaleza de la compraventa a retro para transformarla en un préstamo, a pesar de los calificativos empleados por el Alto Tribunal, que proclama que “debe reputarse de leonina la condición de que dejando de satisfacer una sola de las mensualidades de 1.000 pesetas, que pudiera ser la última, quedaría sin valor lo pactado, pues en virtud de tal condición sobrevendría la caducidad de lo pactado, quedándose el acreedor con la propiedad de las obras y las mensualidades recibidas a cuenta del capital e intereses, debiendo agregarse, por otra parte, que la aceptación de esta condición e intereses revelan la angustiosa situación del prestatario”.

En cambio, la S. T. S. de 2 de enero de 1928 opina que no refleja pretensión usuraria el pacto de que, dejados de pagar dos semestres del arrendamiento suscrito de forma simultánea a la venta a retro en favor del enajenante, caducara el derecho retractual, debido a que no cabe – recoge su considerando nono – “llegar a dicha calificación analizando el contrato como de compraventa, pues ello sólo podría deducirse de la condición de perder el vendedor el derecho a retraer, al no abonar a su debido tiempo dos semestres de la renta del arrendamiento que se reservó (...), por ser cláusula corriente en todos los contratos de retroventa y, además, porque la cantidad a abonar no era desproporcionada al arriendo ni excesiva, ni el plazo de un año puede

¹⁰⁷ En su considerando noveno.

reputarse corto, con relación a la cantidad a pagar...”

La índole leonina puede deberse, asimismo, a una diferencia notoria entre el precio de la venta-básica y el marcado para el rescate. A tal efecto, únicamente una Sentencia del Alto Tribunal apreció la presencia de usura por esta circunstancia, la de 30 de noviembre de 1931 – considerando tercero –, si bien referida a una venta con promesa unilateral de reventa, en la que la enorme disparidad entre el precio de la venta – 1.555 pesetas – y el de la reventa – 4.000 pesetas – significaba una condición leonina, aceptada por el vendedor merced a su angustioso estado. Por el contrario, no reputó usuraria el Supremo, por esta razón, una compraventa con la cláusula recuperadora cuyo precio de redención ascendía a 365.000 pesetas, frente a las 265.000 pesetas del contrato-básico¹⁰⁸.

La tercera causa de nulidad de las ventas a retro en garantía aparece reflejada en el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley de Usura, y participa de carácter objetivo: la proveniente de suponer recibida mayor cantidad que la entregada en realidad, sin necesidad de acreditar que la diferencia entre ambas cantidades alcanza el rango de usuraria, porque se conforma la norma con el requisito del fraude.

En ese sentido, la ya citada S. T. S. de 25 de octubre de 1924 – considerando cuarto –, en la que el vendedor sólo recibió 3.112 pesetas de las 25.112 que se suponen precio de la venta a carta de gracia. En la de 4 de mayo de 1928 – considerando cuarto – se declaró la nulidad de una compraventa con pacto de retro porque del precio que se hizo reflejar en el contrato – 8.000 pesetas –, únicamente se habían percibido 5.635.

En la de 31 de marzo de 1944, la compraventa a retro se concertó al objeto de pagar deudas del vendedor, cuando ya se encontraba señalada la fecha para la subasta de los bienes, que habían sido embargados por el acreedor en el juicio ejecutivo sustanciado por la reclamación de cantidad. El precio de venta era mayor que la cantidad recibida a préstamo por el vendedor, y el Supremo dictaminó la existencia de usura por suponer percibida

¹⁰⁸ S. T. S. de 29 de octubre de 1926 – resultando cuarto y considerando tercero –.

cantidad superior a la en verdad entregada¹⁰⁹.

En la S. T. S. de 16 de febrero de 1952 – considerando primero -, se consignó la recepción de una suma de 25.000 pesetas por el vendedor a retro, que padecía una situación angustiosa, mientras que la realidad de los hechos indicaba que percibió no más que 3.000 pesetas.

En la de 13 de febrero de 1968 – considerando primero de la primera sentencia -, se declaró la existencia de un préstamo usurario, en consideración a que, en la venta con pacto recuperador que convinieron las partes, el vendedor, urgido por la necesidad de procurarse numerario, debió aceptar que figurasen 3.000.000 de pesetas como precio recibido, cuando el precio real fue de 2.250.000 pesetas.

Además, se acomodan en este subtipo de nulidad, con reflejo jurisprudencial, los casos en que la misma es predicable del préstamo previo, del que la posterior venta actuó como pago, supuesto novatorio ya analizado. Por ello, si tamaño préstamo adolecía de configuración usuraria, dicha tara jurídica repercutirá sobre la compraventa con la cláusula retractual que le siguió.

Buena prueba de ello es la S. T. S. de 7 de febrero de 1948 que, en el considerando quinto, patrocinó la declaración de nulidad de la compraventa a retro en atención a que el empréstito precedente evidenciaba usura, puesto que la cuantía que se supuso dada excedía de la en efecto obtenida por el prestatario.

Idéntica nulidad acontecería si el préstamo, novado a través de una compraventa con el pacto redentor, contase con intereses usurarios, al margen de que tal ulterior compraventa a retro no los estipulase, ni incurriese la misma en ninguna otra posible causa de nulidad. Cabría, entonces, instar la nulidad del préstamo por esconder un interés superior al normal del dinero y discordante con las circunstancias, o suplicar en vía directa la nulidad de la venta con la cláusula de rescate novatoria del préstamo, porque los intereses usurarios operarían como cantidad supuestamente recibida y no entregada.

¹⁰⁹ En sus considerandos segundo y tercero.

Al lado de los supuestos enunciados por el abierto tenor del artículo 1º L. U., el Tribunal Supremo ha esculpido una nueva causa de nulidad, por usuraria, de la compraventa a retro en función de garantía, y es cuando se desate una ostensible desproporción entre el valor del bien vendido y el precio satisfecho por él, cuya explicación reside en que, si el comprador deviniese dueño definitivo de la cosa, la habría obtenido por un precio muy exiguo en relación con el normal, el que vale en realidad, con el manifiesto quebranto económico del vendedor. Éste se despoja voluntariamente de un bien integrado en su activo patrimonial, mediante la percepción de una cantidad bastante inferior al precio que en verdad vale en el tráfico, importe que necesita sin dilación, con el deseo de poder recobrar la cosa satisfaciendo dicha asequible cantidad; sin embargo, ocurre que las previsiones se trastocan y el vendedor no dispone a tiempo de la cantidad necesaria para el rescate, por lo que habrá perdido definitivamente el dominio de la cosa a cambio de un precio mínimo.

Obviamente, ese desequilibrio manifiesto de las prestaciones, esa modicidad en el precio no jugará como tal causa de nulidad cuando la compraventa a retro responde a una finalidad distinta a la obtención de dinero – es decir, cuando desempeña su función normal o tipo, y no obedece a una finalidad crediticia o de aseguramiento –, ya que en nuestro Derecho no opera de modo universal el principio de la equivalencia de las prestaciones, ni el del precio justo, y la modicidad del precio no sería causa para sentenciar la nulidad de una compraventa si estos contratos no fuesen parangonables, por su función práctica, a un préstamo de dinero.

Téngase, empero, debidamente presente a estos efectos que en la compraventa con la cláusula retractual es usual que el precio de la cosa resulte inferior al que regiría en una compraventa pura, sin el pacto; el derecho de rescate entraña una entidad económica, luego al momento de determinar si el desequilibrio de las prestaciones deviene usurario, debe repararse en que el mismo rebaja el precio habitual de la *res vendita*. En relación con ello, es ilustrativo el criterio del derecho histórico navarro¹¹⁰, que señala que en

¹¹⁰ *Novísima Recopilación* (2, 37, 26) = en *Novissima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra*, hechas en

semejantes ventas “el animo es, que se pueda recobrar por el vendedor, ó sus derechos evientes siempre, especialmente computandose lo que se compra por derecho en un tercio menos de lo que vale”, criterio que encuentra, salvas las variaciones estilísticas, continuidad en la ley 578 de su Compilación vigente, así como en el artículo 323 de la homóloga catalana, o en el artículo 46, 6º del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Azcárate, el Supremo, en su Sentencia 21 de febrero de 1907, se topó con la hipótesis de una venta con pacto de retro en la que el precio desembolsado se revelaba muy inferior al valor del bien, y lo despachó estimando que simulaba un contrato de préstamo con garantía – considerando primero -. Se enajenaron con la cláusula retractual once cuadros, mediante documento privado, por precio de 4.156 pesetas y 70 céntimos – resultando cuarto -, bienes que fueron valorados pericialmente en más de 100.000 pesetas – resultando sexto -.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Usura, la S. T. S. de 2 de enero de 1928 retomó el planteamiento de la cuestión, y atestiguó – en su considerando tercero – “que la jurisprudencia de esta Sala tiene sentado que no debe estimarse usurario el interés, aunque exceda del normal en el mercado (...) cuando, tratándose de un contrato de compraventa que pudiese ser calificado de préstamo, se aprecie por el Tribunal que la finca objeto del contrato no vale en venta más del valor estipulado”.

Idénticos planteamientos se contienen en la S. T. S. de 16 de junio de 1947, que conoció de un supuesto en que el vendedor, transcurrido el término retractual, solicitó que se declarase que la venta a retro simulaba un préstamo usurario, debido al desequilibrio reinante entre el precio y el valor de la cosa. Ni el Juzgado, ni la Audiencia, ni el Supremo dieron lugar a la demanda, pues argumentaron que, con independencia de que la venta con pacto de rescate fuera sustancialmente equivalente a un préstamo dinerario, aquí no se había justificado su índole usuraria, cifrada en – conforme recoge el considerando

sus Cortes Generales desde el año 1512 hasta el de 1716 inclusive, volumen 3º, edición realizada conforme a la obra de D. Joaquín de Elizondo en 1735, Pamplona, 1964, p. 131.

cuarto – “la (presunta) notable diferencia en más entre el precio convenido y entregado por las fincas vendidas y su verdadero valor en la época del contrato, para apreciar el cual ni se han alegado circunstancias suficientes respecto a las fincas, como son su situación relativa a centros de población, producción y su importe, vías de comunicación, precios pagados a la sazón por otras análogas, etc., ni se aportó la prueba pericial que al efecto se anunció por los demandantes en el hecho tercero de su réplica”.

La S. T. S. de 9 de abril de 1941 rehusó etiquetar como usuraria una compraventa con pacto de retro, porque el precio señalado ascendía a 115.000 pesetas, y los peritos tasaron el valor que las fincas tenían en el momento de celebrarse el contrato en 113.487 – considerando tercero -.

En la ya aludida S. T. S. de 31 de marzo de 1944 se declaró la usura de la compraventa con la cláusula retractual, amén de por otras razones explicitadas entonces, en vista de que los peritos tasaron las fincas en más de tres veces el valor establecido como precio (45.925 pesetas frente a 15.267 – considerando segundo -).

En la también invocada previamente S. T. S. de 23 de marzo de 1957, el Supremo, de conformidad con lo resuelto por la Audiencia, y valorando libremente la prueba pericial, no estimó la presencia de usura en una compraventa con pacto de rescate, pues no se apreciaba desproporción entre el precio y el valor del bien – considerando segundo -.

La S. T. S. de 7 de marzo de 1959 rechazó, asimismo, en otra venta a retro que se evidenciara usura por esta particular razón, habida cuenta de que – se lee en su considerando tercero – no es cierto que “se hubiera producido un grave quebranto económico al vendedor si no hubiera llegado a ejercitarse el retracto por haber perdido la finca vendida por un precio inferior al normal, pues no se ha acreditado su valor superior en 1949 (fecha de la venta) por la prueba pericial ni la testifical, ya que los dos únicos testigos que declaran sobre la realidad de ofertas de precio superiores al pactado se refieren, o a mayor extensión de la vendida, o a época posterior a la de la venta, cuando la finca había sido ya mejorada...”.

La S. T. S. de 5 de julio de 1982 identificó como usuraria una compraventa con pacto de retro, por un acerbo desajuste entre el precio, que era de 3.200.000 pesetas, y el valor cotejado de la *res vendita* en aquellos tiempos, quince millones – considerando primero –, aunque, como suele ser habitual, sólo alcanzó ese resultado tras afirmar que aquella encubría o simulaba un préstamo. Únicamente se comprometió a analizar el carácter usurario o no de la operación después de calificarlo como empréstito¹¹¹.

2.5. Estipulaciones adicionales compatibles con el pacto de rescate:

A imagen del contrato-básico, el pacto de retracto convencional puede ser también, en su respectiva esfera, puro y simple, lo cual ocurre cuando el vendedor se reserve el derecho de recobrar la propiedad de la cosa vendida, sin contenerse mayores precisiones ni estipulaciones adicionales; pero cabe, asimismo, someter ese pacto a modalidades diversas, por lo que, al igual que se autorizaba a supeditar la normal eficacia de la compraventa a una determinación accesorio, se permite asimismo, verbigracia, que el pacto recuperador se presente condicionado suspensivo o resolutoriamente. En el primer caso, es el cumplimiento de la condición el que provoca que el pacto produzca ya sus efectos, el más importante de los cuales se traduce en la emersión jurídica del derecho de rescate. En el segundo, la realización de la condición comporta la resolución del pacto y la pérdida del derecho, luego se desvanece la amenaza – latente hasta entonces – que se cernía sobre el dominio del comprador.

En el terreno teórico, por lo demás, corresponde imaginar un sinfín de estipulaciones accidentales o ancilares respecto al pacto de retracto convencional. A modo de ejemplo, entre tales cláusulas accesorias se destaca la disposición que indique que el rescate no se ejercitará más que cuando el comprador no haya enajenado la cosa: esto es, sólo dota al vendedor

¹¹¹ *Vid.* su considerando quinto.

(retrayente) de acción personal; o la estipulación que establezca que el vendedor será privado de su derecho retractual si no cumple ciertas obligaciones en un plazo determinado: así, cuando el pacto coexiste con un contrato de arrendamiento que confía el disfrute de la cosa al enajenante, la ausencia del pago en el momento convenido de la renta o merced.

Dentro de las estipulaciones susceptibles de completar o modificar – en abstracto – la normal encarnadura del pacto, en la práctica diaria es dable encontrar, sistemáticamente agrupadas, las siguientes:

A) Cláusulas relativas a la índole del derecho transmitido:

El vendedor se halla facultado para transmitir, por intermedio de la pertinente tradición, el dominio por él ostentado, pero también le cabe a éste transferir la nuda propiedad sobre la cosa reservándose el usufructo – S. T. S. de 29 de abril de 1946, considerando 3º –.

Puede, igualmente, transmitir la propiedad del bien vendido con el pacto, mas reteniendo la simple posesión del mismo durante el entero término retractual – S. T. S. de 23 de marzo de 1957, considerando 1º -. Idéntica situación efectiva provoca la estipulación reproducida por la S. T. S. de 13 de marzo de 1913 – resultando 1º -, simple variación estilística de la anterior: según ella, el comprador no entrará en la posesión de la finca antes de la expiración del término recuperador.

B) Estipulaciones atinentes a la utilización por el comprador – o causahabientes – del derecho transmitido:

La S. T. S. de 28 de diciembre de 1864 – resultando 1º - da cuenta de un caso en que se convino, por medio de una cláusula adicional al pacto de retracto convencional, que el comprador no gozara de la facultad de uso de los productos de la cosa adquirida antes de determinado día; o bien el supuesto contemplado en la S. T. S. de 9 de noviembre de 1882 – resultando 1º -,

conforme a cuya letra se acordó que el comprador no pudiera enajenar, ni gravar la finca vendida, durante el tiempo de vigencia del derecho recuperador.

C) Cláusulas referentes al carácter patrimonial del derecho retractual:

Nuestro Código Civil configura al retracto convencional como un derecho que juega sólo en beneficio del vendedor, a diferencia de los retractos legales, que son ejercitables por terceras personas, extrañas a la enajenación. Dicho con otras palabras, el ostentador inicial del derecho de recuperación debe ser, sin posible convención en contrario, el vendedor. Por lo tanto, no se hablará de pacto de rescate, ni se aplicará en consecuencia su correspondiente régimen, cuando la facultad readquisitiva se encomiende directamente a los herederos del vendedor – si bien puede corresponderles a título derivativo gracias a la sucesión *mortis causa* -, o a favor de cualquier tercero, o – como expone García Cantero¹¹² - “cuando aquél (el vendedor) se reserve la facultad de designar ulteriormente su titular”.

El retracto convencional no puede dejar, pues, de vincularse, en un principio, al vendedor; pero, una vez que ha visto la luz ese derecho de recuperación, dado que el efecto al que aparece preordenado tiene talante readquisitivo, no resulta ya inherente a la cualidad jurídica de vendedor, trastocándose en un derecho abstracto a la readquisición de la propiedad. Ello permite, desde entonces, su transferencia.

En virtud de todo lo reseñado, incurre en un flagrante error de principio el pacto retractual reproducido en el resultando primero de la R. D. G. R. N. de 24 de octubre de 1893. A tenor de su literal redacción el derecho rescatador se atribuye a un tercero, a una persona antaño propietaria de la cosa – así como también al marido de ésta, y a sus hijos, herederos o sucesores -, mas no al actual *dominus* de ella, el vendedor.

El derecho de retracto convencional está dotado de un apreciable

¹¹² *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 553.

carácter patrimonial (artículo 1512 C. C.), y puede, en principio, como regla general – lo entendía así ya García Goyena¹¹³ – ser enajenado o gravado en cualquier modo. El artículo 107,8º L. H. consagra legalmente la facultativa hipoteca del mismo. Empero, en razón de la índole dispositiva de esta faceta jurídica de la institución, nada obstaculiza que las partes consientan en insertar en el pacto una estipulación por la que se limite el posible ejercicio del rescate a la persona del vendedor (caso de la R. D. G. R. N. de 31 de diciembre de 1934 – considerando 3º –, o de la S. T. S. de 29 de octubre de 1926 – resultando 2º, letra D -).

La realidad cotidiana proporciona, también, dentro de este tercer grupo, muestras de otras variedades de cláusulas: se acuerda, en una de ellas, que al vendedor no le quepa emplear la acción de retracto convencional si no diera, llegado el momento, su expreso consentimiento por escrito el comprador (S. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – resultando primero -); o que se pacte un tanteo convencional en favor del adquirente, de forma que si el vendedor decidiera enajenar su derecho rescatador, el comprador – en el ejemplo, compradores – tenga tal derecho de preferencia durante un plazo, prioridad, respecto a posibles terceros interesados en la adquisición, que cabe extender a sus sucesores o cesionarios (S. T. S. de 29 de diciembre de 1884 – resultando primero – y R. D. G. R. N. de 8 de abril de 1914 – resultado primero -).

D) Estipulaciones concernientes al término para retraer:

Como quiera que la atribución – pactada entre los contratantes – al vendedor del derecho de rescate consagra jurídicamente su interés recuperador, a éste se le permite ejercitar el *ius redemptionis* en cualquier momento de ese período retractual. La ley no señala expresamente un intervalo antes de cuyo transcurso el derecho de recuperación no pueda utilizarse; según ello, es lícito el empleo del derecho de rescate incluso el día

¹¹³ *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 415.

mismo de la consumación del contrato – que, tratándose de inmuebles, y reflejándose en escritura pública, según el artículo 1462 C. C., coincide con el instante de la celebración del mismo -, si bien representa casi un supuesto de laboratorio.

Tamaño extremo favorecedor del vendedor, admite, sin embargo, en vista de su carácter *iuris tantum*, que se le deje ineficaz mediante una estipulación diversa, que indique de modo tajante que el término rescatador se entienda establecido también en interés del comprador, o bien así se dedujere de la finalidad perseguida por éste al celebrar la venta con el pacto: por ejemplo, en el caso de haber adquirido un fundo para instalar una industria.

La autonomía de la voluntad de las partes viene a traducirse así, en esta parcela temporal de la figura, en el terreno práctico, en la aposición de un término inicial, dentro del cual al vendedor – o sucesivos titulares del *ius redemptionis* – no les fuera permitido servirse del derecho recuperador¹¹⁴.

De cualquier manera, a pesar del silencio en este punto del Código – que no alude a semejante posible término mínimo de naturaleza dilatoria, antes de cuya expiración quedara prohibido rescatar -, el señalamiento de tal período inicial de inactuación del derecho no autoriza a sostener que el término convencional o legal de readquisición comience a transcurrir desde el último día de aquel término inicial aludido, en lugar de contarse a partir del momento exacto de la consumación del contrato-base, porque, de lo contrario, se tornaría sencillo en extremo contravenir la prohibición de estipular un plazo retractual superior a la década. El tiempo comprendido entre la consumación del contrato y el momento de ejercicio del rescate no puede, en ningún caso, rebasar esos diez años.

Entre las distintas variantes que admite esa estipulación temporal a favor del comprador – o, llegado el caso, en beneficio del poseedor actual de la

¹¹⁴ C. M. Bianca entiende que podría incluirse tal estipulación: “ai fini di evitare un’anticipata restituzione della cosa, ma non per negare efficacia all’esercizio del riscatto.” = *La vendita* ..., cit., p. 649.

Por su parte, E. Roca Trias, ve esta posibilidad como un síntoma del carácter usurario de la venta: “Así, uno de los indicios para determinar las características usurarias de una venta era que se estableciera un período de carencia, durante el cual el vendedor no podía ejercitar el derecho de retracto;...” = *Compraventa a carta de gracia, usura y criterio ad valorem* (Comentario a la S. T. S. de 7 de febrero de 1989), en Poder Judicial, número 15º, septiembre de 1989, p. 151.

cosa -, descollan las siguientes:

En primer lugar, la mentada fijación de un término inicial, antes del cual resulte vetada la utilización del derecho rescator, de duración inferior al señalado – con carácter general – para poder recobrar. Es el supuesto relatado en la R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 – resultando primero -: en un retracto convencional pactado por veinte años, se acuerda que no pueda redimirse la cosa hasta pasado un cuatrienio. Además, en el propio resultando 1º se agrega una estipulación adicional, en virtud de la cual, si al tiempo de expirar el cuatrienio no se rescata, no cabrá la recuperación hasta transcurrido un año más. En el mismo sentido, la R. D. G. R. N. de 8 de abril de 1914, en cuyo resultando primero se paraliza el posible rescate durante tres años, sin señalarse la duración de tal derecho, la cual hay que estimar, a la luz del artículo 1508 C. C., en cuatro años.

Otra modalidad es la que ofrece la S. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – resultando primero -, en la que el término inicial dilatorio, de prohibida utilización del retracto, se identifica con la duración establecida para su vigencia. Sólo será de recibo rescatar al cumplirse – dispone literalmente – “los cuatro años improrrogables” del plazo recuperador, y no antes ni después, sino en ese preciso momento.

Finalmente, son admisibles también las cláusulas que implantan, como requisito adicional previo a la actuación del retracto, que el vendedor deba avisar con una determinada anticipación al comprador; hipótesis contemplada en la S. T. S. de 8 de febrero de 1875 – resultando tercero -: en ella, la antelación de la notificación respecto al momento rescator se cifra en un año.

E) Cláusulas alusivas al precio y los demás desembolsos:

El artículo 1507 del Código Civil se remite al 1518 de idéntico texto normativo. Alude este último, con carácter de mínimo indisponible, al abono del precio de la venta, sin el cual no es de recibo el ejercicio del derecho

rescatador. Luego de leer tal referencia expresa, hay que aprestarse a señalar que resulta, asimismo, ubicable dentro de la denominación de retracto convencional, el pacto de contenido análogo al esbozado en ambos preceptos, a través del que el vendedor se reservase el derecho de recuperar la cosa pagando un precio mayor que el satisfecho por el comprador.

Sin embargo, si para el retracto se ha fijado un precio bastante superior al de la venta, es de temer que la convención oculte o disimule un préstamo usurario – normalmente será incardinable semejante estipulación en el artículo 9º de la ley de 23 de julio de 1908¹¹⁵ - o que encubra un pacto comisorio proscrito por el Código, en los preceptos 1859 y 1884. Los jueces, al apreciar tal extremo, y con vistas a decidir acerca de la anulación del acto, atienden soberanamente a la intención de las partes¹¹⁶.

En resumen, el precio del rescate será, en principio, el exacto e íntegro de la venta, no el valor de la cosa al tiempo de utilizarse el derecho de retracto. No obstante, podrá dicha suma fijada para el rescate diferir por exceso de la pagada por el comprador, si así se conviene por las partes.

Por otro lado, es dable insertar en la cláusula retractual alguna que otra estipulación relativa al verdadero valor del bien, poniéndolo en relación con la cantidad satisfecha por él.

Algunas de ellas se introducen en presumible beneficio del comprador. Tal constituye el supuesto relatado en la S. T. S. de 15 de octubre de 1958 – considerando segundo -: se acuerda que, si el valor real en venta del bien, esto es, lo que habitualmente se paga por uno de sus características, resultara inferior al precio contractual que se entregó – en concreto, 2.660 ptas. -, el vendedor quedaría obligado a abonar la diferencia.

Otras se establecen en posible provecho del vendedor, cual la cláusula descrita en la R. D. G. R. N. de 28 de abril de 1927 – resultando 1º y considerando 4º -, por la que se pacta que, ante la falta de ejercicio en plazo del derecho de recuperar, el comprador se viera obligado a enajenar en

¹¹⁵ Me remito al epígrafe 2.4.1.

¹¹⁶ ex. art. 2º de dicha ley de usura.

subasta la cosa; y si obtuviera con la operación más de lo que él mismo dio por ella, debería devolver el exceso al vendedor. De no pujar nadie por el bien, se quedaría el propio comprador con él.

En lo concerniente a los intereses, la S. T. S. de 27 de octubre de 1960 – considerando primero –, declara que se permite, entre las estipulaciones añadidas al pacto de retracto convencional, la de que el vendedor, a fin de recobrar la cosa, tenga que satisfacer aquéllos, amén de reintegrar el precio de venta. A tenor de su expreso tenor: “es lícito y válido como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, dar al préstamo con interés la forma de compraventa con pacto de retro y subsiguiente arrendamiento de la cosa que garantiza la devolución de la cantidad prestada,...”

Desde la óptica económica, y atendida la más que real posibilidad de que se asista, en el curso del tiempo, a una depreciación monetaria – hipótesis que gana en verosimilitud en casos en que el término de rescate resulta de duración considerable, por ejemplo, una década – y, por lo mismo, el precio de la venta devenga desproporcionado, en el instante del recobro, en relación con el desembolsado en su día por el comprador, no cabe sino defender a ultranza la admisibilidad y conveniencia de la disposición recién consignada.

F) Cláusulas dirigidas a operar cuando se haya ejercitado el derecho de rescate:

Algunas de dichas convenciones postretractuales son acordadas en beneficio, en una fase inicial, del vendedor y, en un segundo estadio, sucesivamente, del comprador. Arquetipo de tal estado de cosas es el ejemplo que proporciona la citada R. D. G. R. N. de 28 de abril de 1927 – resultando 1º y considerando 4º -. Conforme al tenor literal de la estipulación, primeramente, luego de la expiración del término retractual, al comprador no se le autoriza a quedarse con la cosa; antes bien, ha de venderla en pública subasta. Acto seguido, si la cantidad recaudada por él, mediante la enajenación forzosa, superase el precio pagado en la venta con pacto recobrador, habría de restituir

al vendedor la diferencia. Por último, el comprador sólo se quedaría con el bien si la puja resultara desierta.

Un segundo subgrupo de estas cláusulas se concibe, exclusivamente, en interés o provecho del comprador. Así, la R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 – resultando primero – tiene a bien concederle una preferencia adquisitiva. La cláusula reproducida en el pronunciamiento precisa que, después de la redención, si el vendedor deseara volver a enajenar la cosa, el comprador gozará de un derecho prioritario – en igualdad de condiciones respecto a terceros interesados en la operación – de cara a su adquisición. O bien la convención transcrita en la S. T. S. de 29 de octubre de 1926 – resultando segundo –, que reconoce en manos del comprador un derecho para exigir la conclusión de un contrato de arrendamiento de la finca. Ordena la misma que, si llegara a retraerse el terreno, la vendedora readquirente se hallará compelida a arrendárselo al inicial comprador por seis años, y a razón de 40 pesetas la hanegada.

G) Particular mención a la concertación de un contrato de arrendamiento de la cosa vendida a favor del vendedor:

Una cláusula que suele consignarse con relativa asiduidad en una venta con pacto de rescate, a continuación de la estipulación – frecuente pero de todo punto prescindible, porque operaría entonces el término supletorio legal – relativa al tiempo de vigencia del *ius redemptionis*, es la del arriendo, al vendedor, del bien enajenado por medio del pago de una merced periódica o renta. Especialmente esclarecedora se muestra la S. T. S. de 14 de diciembre de 1966, en su considerando cuarto, cuya letra admite sin titubeos la compatibilidad de la compraventa con pacto de rescate y la locación: “si la persona que enajenó el dominio de una cosa en virtud de un contrato de compraventa, se reservó, durante cierto tiempo, el derecho a recuperarlo devolviendo al otro contratante la suma recibida y los gastos consignados en el artículo 1518 C. C., el convenio concertado constituye una venta con pacto de retro regulada en el art. 1507 y concordantes del cuerpo legal citado, aun

cuando el inmueble transmitido hubiese quedado en poder del primero hasta el vencimiento de aquel plazo, satisfaciendo determinada cantidad como contrapartida por su ocupación”.

Este contrato de arrendamiento puede aparecer, en ocasiones, afectado por una serie de estipulaciones relativas a las posibles – tipificadas legalmente – reclamaciones monetarias, como la que priva al arrendatario (el vendedor con pacto recuperador) de demandar, a la conclusión de la locación, cantidad alguna por el concepto de mejoras que se hubiesen acometido en la finca. En otros supuestos, cabe optar por consignar, a modo de cláusula complementaria, que el arrendatario–vendedor se encuentre obligado a cultivar el fundo de que se trate, verbigracia, a uso y costumbre del buen labrador (S. T. S. de 30 de enero de 1890 – resultando cuarto -).

También es admisible la inclusión, en el contrato de arrendamiento, de una estipulación o capítulo a través del cual se señale, al unísono, la terminación de aquél y la pérdida, por el vendedor-locatario, de su derecho rescator - y, a resultas de ello, la conversión en definitivo del dominio adquirido por el comprador -, si el arrendatario no costeara las contribuciones directas impuestas a la finca enajenada.

A continuación de estos, y otros múltiples conciertos, perfectamente concebibles en el ámbito teórico, interesa exponer aquellos que han encontrado, a lo largo de los años, plasmación efectiva en los contratos de arrendamiento en los que el locatario resulta ser un vendedor con derecho de recobro.

Antes de nada, procede mencionar el sustancioso considerando primero de la S. T. S. de 14 de noviembre de 1957, que recoge la razón justificadora del arrendamiento en una venta con pacto de retracto convencional. Responde – señala – al interés en que las fincas, mientras se halle activo el derecho de recuperación, permanezcan en poder del vendedor, para así evitar que, en caso de decidirse éste a rescatar, se encontrara a otros sujetos en la posesión arrendaticia del mismo.

Respecto a la certificación documental del contrato de arrendamiento, y a

su relación con la constancia de la compraventa-base, se requiere apuntar que no es preciso que figuren ambos contratos en un mismo instrumento. Pueden recogerse en dos documentos separados: por ejemplo, en dos escrituras autónomas suscritas ante notario idéntico día, supuesto aludido en la R. D. G. R. N. de 27 de julio de 1891 – considerando 1º, resultandos 1º y 2º -; o en un solo documento privado (en el que se contengan, a un tiempo, la compraventa, el célebre pacto y el arrendamiento), hipótesis contemplada en la S. T. S. de 16 de junio de 1956 – considerando primero -; cabría, también, reflejar la venta con la cláusula rescatadora, por un lado, y la locación, por otro, en sendos documentos privados; asimismo, nada empece – con el debido respeto a los requerimientos formales enunciados en el artículo 1280 C. C. – a la celebración verbal del contrato de arrendamiento, pues el precepto no prescribe una forma *ad solemnitatem*, ni siquiera *ad probationem*, sólo permite que los contratantes se puedan compeler, recíprocamente, a hacer constar por escrito el negocio ya celebrado y perfecto.

De cualquier manera, junto a un eventual carácter expreso, hay que recalcar la idoneidad de la ligazón entre un contrato tácito de arrendamiento y una compraventa con pacto de retracto convencional; buena muestra de dicha compatibilidad es el cristalino considerando segundo de la S. T. S. de 25 de noviembre de 1873.

Por otra parte, a veces, las Sentencias y Resoluciones incluyen referencias demasiado resumidas de las cláusulas negociales, o practican una somera mención de las mismas muy parca en detalles, limitándose no más que a constatar la existencia del contrato-cimiento con el pacto rescatador y el arrendamiento, sin realizar precisión alguna respecto a la duración del derecho arrendaticio, importe de la merced, etc..., como ocurre en las Ss. T. S. de 16 de junio de 1956 – considerandos primero y tercero -, y 25 de febrero de 1960 – resultando primero -; o especificando algún extremo, pero ocultando otros, caso al que alude la R. D. G. R. N. de 14 de enero de 1876 – resultando primero -, de cuya lectura se deduce que concurre un pacto de retroventa, en el cual el vendedor quedó como colono durante todo el tiempo retractual hábil – diez años exactamente -, pero silencia la cuantía de la renta.

Desconcierta, sin embargo, el supuesto de hecho relatado en la referida S. T. S. de 25 de noviembre de 1873 – resultando primero -. Allí, al abrigo de las estipulaciones transcritas, el vendedor se convirtió, por acuerdo tácito de las partes – tal y como se consignó líneas atrás -, en arrendatario, mas sin pagar ninguna merced, todo ello a lo largo del entero término retractual. La sorpresa radica en el hecho de que el contrato de arrendamiento es consensual, y no reclama ninguna forma determinada, pero constituye, por esencia, una variante negocial onerosa: el locatario, como contraprestación por la obtención del uso o goce de lo arrendado, asume ciertas obligaciones frente al arrendador y, entre ellas, la de satisfacer el precio del arriendo en los términos acordados (artículo 1555, 1º C. C.); de lo contrario, el contrato merece el apelativo de comodato (artículo 1741 C. C.), y no de arrendamiento.

En el contrato de arrendamiento, el concurso de la renta o merced es consustancial a la figura. En nuestro particular caso, al hallarse conectado jurídicamente a una venta con pacto de retracto convencional, el vendedor, por obra de aquél, ostenta la cualidad de locatario mientras sea ejercitable el derecho rescator – o bien, más raramente, durante un período de duración inferior a la propia de tal término recuperador -, a cambio de la satisfacción de una renta predeterminada, pagadera por regla general a la conclusión de ciertos intervalos temporales fijos, a cuyo abono o impago se subordina, respectivamente, la subsistencia o decaimiento del derecho rescator, es decir, el mantenimiento o la desaparición de la amenaza recuperadora que gravita sobre el dominio del comprador–arrendador.

Desglosando el anterior párrafo, interesa analizar cada una de las afirmaciones en él contenidas. En primer lugar, hay que constatar que, con abrumadora frecuencia, la duración del derecho de recobro y la prevista para el contrato de arrendamiento coinciden; así lo corroboran, ordenados cronológicamente, los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y registrales: la S. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – resultandos 1º y 2º -, en la que el vendedor deviene “inquilino de la finca”, durante el exacto término retractual – cuatro años improrrogables -; la S. T. S. de 13 de mayo de 1884 – resultando 1º - y las Rs. D. G. R. N. de 3 de noviembre de 1896 – resultando

1º - y 29 de septiembre de 1927 – resultando 1º -, que contemplan, al igual que la anterior Sentencia, un período de duración, tanto para el arrendamiento como para el derecho rescator que alberga la venta, también, de un cuatrienio, si bien sin mención alguna ya a prórroga; en la R. D. G. R. N. de 18 de junio de 1898 – resultando 1º -, asciende la duración de ambos a tres años; en la R. D. G. R. N. de 6 de octubre de 1925 – resultando 1º -, a cinco años, cuatro meses y trece días; en la S. T. S. de 26 de mayo de 1930 – considerando 2º -, se eleva la duración compartida, de nuevo, a un cuatrienio; en la S. T. S. de 23 de diciembre de 1954 – hechos -, llega a los nueve años; en la S. T. S. de 23 de marzo de 1957 – considerando 1º -, se fija en un año; y en la S. T. S. de 12 de abril de 1957 – considerando 2º -, se explicita en un bienio.

La conservación por el vendedor de la condición de arrendatario se presenta en relación de supeditación al pago de la renta prefijada, abonable al final de determinados intervalos temporales, cuya periodicidad es normalmente anual, aunque – bien cierto que con escasísima frecuencia – no cabe desdeñar una inferior. Como expresión de lo primero, acuden los supuestos reproducidos en estas decisiones: Ss. T. S. de 13 de mayo de 1884 – resultando 1º -, 18 de enero de 1900 – resultando 1º y considerando 1º -, 23 de diciembre de 1954 – hechos - y 12 de abril de 1957 – considerando 2º -, al igual que las Rs. D. G. R. N. de 18 de junio de 1898 – resultando 1º -, 3 de noviembre de 1898 – resultando 1º - y 6 de mayo de 1902 - resultando 1º -. Consagración de lo segundo – una duración inferior, concretamente semestral -, destacan los casos reflejados en las Ss. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – resultandos 1º y 2º -, 26 de mayo de 1930 – considerando 2º - y 12 de julio de 1943 – considerando 1º -.

Algunos pronunciamientos, incluso, señalan con neta precisión el día exacto del pago de la merced: cual la R. D. G. R. N. de 10 de septiembre de 1881 – resultando 1º -, que lo sitúa en el 1º de febrero, o la de 18 de junio de 1898 – resultando 1º -, que lo fija en el 3 de agosto; la S. T. S. de 23 de diciembre de 1954 – hechos -, por su parte, marca el 24 de septiembre.

La renta, en principio, es la misma para cada uno de los intervalos

temporales previstos, mas cabe – bien que resulta en exceso inusual –, igualmente, la determinación de sumas desemejantes para cada uno de esos períodos. Ejemplo de la regla general es la S. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – resultandos 1º y 2º –, que concreta la merced en 600 pesetas semestrales, abonables en pesos fuertes¹¹⁷. Como manifiesta prueba de la segunda posibilidad expuesta, aparece la desacostumbrada estipulación recogida en el resultando 1º de la R. D. G. R. N. de 3 de noviembre de 1896: arrendamiento por un cuatrienio (coincidente con la duración del término retractual), con una renta cuya cuantía va decreciendo en cada una de las anualidades = 240 pesetas el primer año, 180 el segundo, 120 el tercero, y 60 el cuarto y postrero¹¹⁸.

El abono debido de la merced por el vendedor–locatario – en concepto de contrapartida por la ocupación del bien vendido y arrendado – es lo que comporta la subsistencia del derecho recuperador, de tal suerte que, si se deja de satisfacer dicha renta en los plazos fijados al efecto, se desvanece la posibilidad de ejercitar el rescate y, a la par, el dominio que hasta entonces ostentaba el comprador–arrendador – eventualmente transitorio, temporalmente amenazado – adquiere carácter definitivo o perdurabilidad.

En la mayoría de las ocasiones, el simple impago de un plazo conlleva la expiración del contrato de arrendamiento, y la pérdida simultánea del derecho de retracto, tal y como se encargan de precisar los supuestos incluidos en la S. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – resultando 2º – y 18 de enero de 1900 – resultando 1º y considerando 1º –, así como la R. D. G. R. N. de 18 de junio de 1898 – resultando 1º–.

En otros casos, es menester dejar de abonar más de un plazo: verbigracia, dos semestres, como en la R. D. G. R. N. de 6 de mayo de 1902 – resultando 1º – (en ella se estableció el pago de la renta por

¹¹⁷ Así como las Ss. T. S. de 13 de mayo de 1884 – resultando 1º –, que la especifica en 1.000 pts al año; 18 de enero de 1900 – resultando y considerando primeros –, 88 pts. anuales; 26 de mayo de 1930 – considerando 2º –, 125 pts. trimestrales; 23 de diciembre de 1954 – hechos –, 3.776 pts. al año; 12 de abril de 1957 – considerando 2º –, 50 pts. anuales.

Y las Rs. D. G. R. N. de 18 de junio de 1898 – resultando 1º –, 3.200 reales = 800 pts. anuales, y 6 de mayo de 1902 – resultando 1º –, 200 pts. al año, pero pagaderas por semestres vencidos.

¹¹⁸ Vid., asimismo, la R. D. G. R. N. de 10 de septiembre de 1881 – resultando 2º –.

semestres); o el impago de ella durante tres años consecutivos, a tenor de la R. D. G. R. N. de 27 de julio de 1891 – resultando 2º -.

Ante la ausencia de realización de los desembolsos requeridos en concepto de renta, en los contratos de arrendamiento germina, como efecto inmediato, la facultad atribuida al arrendador – en nuestro caso, el comprador – de instar judicialmente el desahucio del vendedor-locatario (art. 1569, 2º C. C.): de “lanzamiento del inquilino” habla la S. T. S. de 21 de noviembre de 1882 – resultando 2º -.

Pero, al mismo tiempo, el incumplimiento por el vendedor-arrendatario de su nuclear obligación de pagar la merced en los términos convenidos (art. 1555, 1º C. C.), ocasiona la súbita y anticipada conclusión del plazo para retraer; supone una suerte de renuncia tácita al derecho redentor (R. D. G. R. N. de 3 de noviembre de 1896 – resultando primero -), alcanzando la venta ya consumada la ansiada perennidad (R. D. G. R. N. de 27 de julio de 1891 – resultando segundo -). El derecho de propiedad que corresponde al comprador a resultas de la tradición se exonera, al desvanecerse la posibilidad de utilizar el rescate, de la transitoriedad jurídica que lo lastraba, esto es, el pleno dominio ostentado por aquél alcanza desde entonces, *ipso iure*, carácter o rango definitivo. El comprador ya no podrá perder su propiedad en virtud del mismo título que encarna la compraventa, sino a través de otro título enteramente distinto: por medio de otra compraventa, en la que él actúe como vendedor; o cuando, por ejemplo, decidiera donarla, permutarla, o concediera una opción de compra al primitivo vendedor o a un tercero, etc ...

2.6. La relación del retracto convencional con los derechos de adquisición preferente: orden de prelación:

Interesa, en primer lugar, dedicar algún comentario al tanteo y a la relación que lo vincula con nuestro pacto retractual.

El tanteo y el retracto representan, al certero pensar del resultando tercero de la R. D. G. R. N. de 20 de septiembre de 1966, dos fases o

aspectos de un mismo derecho – dirigido a la adquisición de un bien – que intervienen en intervalos temporales sucesivos. El primero opera entre la perfección del contrato y la transferencia de la cosa – a través de su tradición al comprador –, el segundo actúa después de la consumación contractual; o, si se prefiere, el tanteo obra antes de que la transmisión acontezca, y el retracto después de ella.

Por lo tanto, la pretendida colisión entre un derecho de tanteo legal y el de retracto convencional no resulta tal, ya que, amén de situarse su operatividad en segmentos temporales diferenciados, los distingue otro aspecto no menos importante, cual es el relativo a su respectiva fuente de procedencia: la ley imperativa que crea los tanteos legales los hace prevalecer sobre la simple convención de las partes.

Partamos, por ejemplo, de la existencia de un tanteo legal enfiteútico recogido en el artículo 1636 y siguientes del Código Civil. Ante semejante derecho, contemplado en beneficio recíproco tanto del dueño directo cuanto del útil, cuando uno de ellos trate de enajenar su propiedad sobre el fundo habrá de notificárselo al condueño con expresión del “precio definitivo que se le ofrezca, o en que pretenda enajenar su dominio”, y el plazo de ejercicio del tanteo – veinte días – comienza desde el instante de la comunicación (art. 1637 C. C.)¹¹⁹. Así, si el dueño enajenante desea ataviar la compraventa con el pacto de retracto convencional, al condueño tanteante le cabrá, durante esos veinte días, utilizar victoriosamente el derecho de adquisición preferente legal pagando el precio del contrato-base, lo cual le confiere – junto con la *traditio* – la posición jurídica de *dominus* en exclusiva de la cosa, si bien parte de su propiedad es plena y definitiva – la que ostentaba antes del tanteo, fuera el domino útil o el directo –, y la otra parte es plena pero aún no definitiva – sino aquejada, mientras dure el término rescatador, de potencial transitoriedad –, dado que aparece sometida temporalmente a un derecho de

¹¹⁹ Cuando el tanteante no haga uso de su derecho (art. 1638 C. C.), o bien se efectúe la enajenación sin el previo aviso reseñado (art. 1639 C. C.), entonces aquél retiene un derecho legal postadquisitivo corporeizado en la figura del retracto. En consecuencia, si la transmisión se verificó con el pacto de recuperación, hay que hablar de la relación que media entre dos retractos: el primero, originado *ex lege*; el segundo, de nacimiento convencional. Y la prelación entre ambas modalidades retractuales se estudia, más adelante, en el propio texto de este epígrafe.

redención en manos de su anterior condómino.

No menos interesante resulta estudiar la relación reinante entre un tanteo convencional y la figura típica abocetada en el artículo 1507 y posteriores del Código, cuyo mejor elemento de análisis nos lo brinda el examen del numeroso repertorio jurisprudencial y registral relativo a la venta con pacto de retracto convencional, con dos pronunciamientos que abordan frontalmente el asunto (la S. T. S. de 29 de diciembre de 1884 – resultando 1º - y la R. D. G. R. N. de 8 de abril de 1914 – resultando 1º -).

Se pacta en ambos casos, en el marco de una compraventa celebrada con la cláusula rescatadora, un derecho de tanteo convencional a favor del comprador, de suerte que si el vendedor decidiera enajenar su derecho recuperador, aquél - así como sus herederos o cesionarios, a los que alcanza la prioridad – poseería el *ius prelationis* durante un cierto plazo.

En otras ocasiones, muy escasas por otra parte, cuando alguna sentencia o resolución mencionan, conectándolos, un tanteo y un retracto convencionales, este último representa lo que, por diafanidad terminológica que va siendo acogida por la doctrina más atenta y la jurisprudencia más preclara¹²⁰, debiera denominarse “retracto voluntario”.

Es el supuesto relatado por la R. D. G. R. N. de 19 de septiembre de 1974 en su resultando primero. Allí, se delinea una compraventa con una cláusula generadora de un tanteo convencional en beneficio del transmitente: si se vende el bien a un tercero, aquél disfruta de preferencia en orden a su adquisición, con idénticas condiciones y precio a las ofrecidas por el “extraño”. De no producirse la oportuna comunicación de rigor de la enajenación proyectada al titular del derecho, el tanteo se muda, instantáneamente, en un “retracto convencional” (recte: “retracto voluntario”), por cuanto viene a modelar el único *ius preemptionis* presente en su doble vertiente: pre y postadquisitiva.

A continuación, se impone el estudio de las presuntas colisiones entre el derecho de recuperación convencional y la opción, figuras de perfiles disímiles

¹²⁰ Vid. el epígrafe I.1.

(como constata, p. ej., el fundamento jurídico cuarto de la S. T. S. de 24 de octubre de 1990), por más que el efecto que las dos orígenes se manifieste idéntico: el titular deviene, tras su eficaz utilización, propietario de una cosa.

En realidad, la confluencia de los dos derechos se soluciona a partir de un criterio estrictamente cronológico. A efectos de un mejor entendimiento de la cuestión, corresponde examinar los dos supuestos imaginables:

1. Puede ocurrir que la fecha de nacimiento de la opción sea anterior a la propia de la venta con el pacto de recuperación. Entonces, el optante, al servirse de su *ius prelationis* adquirirá en firme, y el precio que desembolse por la cosa – como bien expone Del Moral y de Luna¹²¹ – “irá al bolsillo del comprador y al del vendedor en la oportuna distribución que imponga el respectivo valor de los derechos de uno y de otro”.

2. Si el derecho de opción procede de la concesión del titular del dominio potencialmente claudicante, esto es, del comprador con el pacto rescatador, dicha opción se desvanecerá o disipará – por obra y gracia de la letra del artículo 1520 del Código -, tan pronto como el titular del retracto convencional resuelva ejercitar su derecho readquisitivo; todo lo cual, como es de colegir, debidamente conjugado con las prescripciones del artículo 34 de la ley hipotecaria.

Acto seguido, llega el momento de atender a las relaciones interretractuales, presididas por la incuestionable superioridad del retracto legal, dotado de preferencia, tanto sobre el particular derecho de readquisición o reincorporación al que se califica de retracto convencional, cuanto sobre el derecho de adquisición preferente denominado “retracto voluntario”.

Semejante primacía jurídica del primero es directo correlato de la jerarquía de fuentes, puesto que frente a la norma de índole cogente que la estatuye queda inerte el pacto o testamento generadores de las variantes negociales, y encuentra plasmación positiva en la transcripción de la ley 446,2 de la Compilación Navarra: “los retractos legales prevalecen sobre los derechos convencionales de opción, tanteo y retracto”.

¹²¹ *Los derechos de adquisición ...*, cit., p. 369.

Como evidente excepción a esa norma general, despierta el novedoso tenor del artículo 25,4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), que reza así:

“El derecho de tanteo o retracto del arrendatario¹²² tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento”.

El precepto en cuestión aborda, específicamente, la hipotética convergencia de derechos retractuales sobre una misma vivienda urbana, y la ley especial lo resuelve por medio del señalamiento de un criterio de prelación imperativo que reproduce lo reflejado en el artículo 50 de la L. A. U. de 1964¹²³, con la crucial particularidad de que se consagra la primacía del retracto convencional sobre el legal arrendaticio, a condición de que el derecho de rescate se halle inscrito con anterioridad a la celebración de la locación.

En suma, a la luz de esta singular norma, al tratarse del concreto objeto aludido, si concurren derechos de retracto dimanantes de orígenes diversos, el orden de prelación preconizado será el que sigue:

1º. El retracto de comuneros. Ahora bien, este retracto operará en los supuestos del artículo 1522 del Código, esto es, cuando la propiedad de la vivienda corresponda a distintos sujetos y alguno de ellos enajene a un tercero su parte en el condominio. A este respecto, hay que apostillar que no ostenta la condición de condueño el propietario de un piso en régimen de propiedad horizontal, en relación con otro piso o vivienda del mismo edificio perteneciente a diferente *dominus*: el condueño debe serlo del exacto piso arrendado cuya venta se proyecta (art. 396,3 C. C.).

2º. El retracto convencional dotado de publicidad registral previa a la celebración del arrendamiento.

3º. El retracto arrendaticio urbano.

¹²² de finca urbana que se destine a vivienda o a usos distintos del de vivienda, por remisión expresa del art. 31 L.A.U. de 1994 al art. 25 de la propia ley.

¹²³ Preceptuaba: “ El derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido ”.

4º. Los restantes retractos según su respectiva y natural jerarquía.

Ciertamente, la venta acompañada por la cláusula de recuperación no deja de suponer, a pesar del concurso del pacto, tanto entre las partes intervinientes como frente a terceros, un contrato de tal índole – con unas reglas de perfección y consumación, a las que el derecho retractual no afecta de presente, comunes a todas las ventas -. Por ello, es susceptible de cruzarse en el normal desenvolvimiento de cualquiera de los retractos legales.

El ejercicio del retracto legal, no obstante la letra del artículo 1506 del Código Civil, no resuelve la compraventa celebrada entre el propietario y el adquirente. El vendedor no devuelve el precio percibido por causa del contrato, y si este precio le es abonado al comprador, no lo percibe de manos de su contraparte en el negocio, sino del tercero retrayente que no ha participado en el contrato.

El retrayente no recibe la cosa del enajenante; antes bien, la obtiene del adquirente – ostentador de una posición jurídicamente lábil -, y se verifican, por ende, dos transmisiones sucesivas: la primera, del propietario del bien al comprador; la segunda, de éste hacia el titular retractual.

De ello se desprende la nítida incorrección en que incurre el artículo 1521 del Código, toda vez que no es concebible que tras la consumación de un contrato actúe la “subrogación” en sentido técnico. Pudiera argumentarse, a fin de salvar el empleo de tal concepto, que el legislador utilizara la expresión “derecho a subrogarse” en un sentido lato, como variedad personal de la novación o, dicho con otras palabras, cual <<sustitución o reemplazamiento subjetivo del adquirente>>, de forma que el contrato permanezca, se desarrolle y produzca todos sus efectos típicos como si nada hubiera ocurrido.

Sin embargo, en realidad, tampoco es esto. Lejos de producirse una única transmisión, existen dos: después de la compraventa inicial, que abre el período de ejercicio del derecho de retracto fijado legalmente, la utilización victoriosa de éste engendra una segunda enajenación – forzosa – de parte del comprador a favor del retrayente, que se realizará en los mismos términos y bajo idénticas estipulaciones a aquellas en que se le transmitió el bien al ahora

retraído, como corrobora la S. T. S. de 17 de abril de 1958 – considerando segundo -: “ el retracto legal tal como lo define el artículo 1521 del Código Civil es un derecho de preferencia que la ley otorga a favor de determinada persona en razón a su relación con la cosa objeto de compraventa (constituye una titularidad *ob rem*: el retracto legal es un derecho secundario en alguna situación jurídica) y a virtud del cual el comprador viene obligado a transferir al tercero retrayente la cosa comprada en las mismas condiciones (en) que (la) adquirió...”

Y, como quiera que una de las estipulaciones que afectan al contrato-base – por medio de cuya natural consumación devino dueño el comprador – la supone el pacto de retracto convencional, si se decide el retrayente legal, en uso de su derecho, a compeler al adquirente para que enajene – a través de una segunda transmisión – la cosa en su favor, dicha enajenación forzosa aparecerá de modo ineluctable supeditada a la impronta rescatadora. La eventual adquisición que, en provecho del titular retractual, contempla la ley ha de verse afectada por la huella de una posible recuperación encarnada en la cláusula de rescate.

Por lo tanto, el retrayente legal adquiere la cosa vendida, mas lo hace con la rémora de nuestro pacto. Tal retrayente, mientras subsista el término de caducidad dispuesto para la redención convencional, se halla expuesto a que su dominio decaiga, o bien se torne definitivo, según se ejercite o no en tiempo y forma apropiados el recobro. El dominio del retrayente legal es una propiedad plena, pero tan interina o claudicante en potencia, tan amenazada temporalmente – y por el mismo término – como la que disfrutaba el comprador-retraído.

Cabal confirmación de lo antedicho la suministra el parecer jurisprudencial. El retrayente legal deberá utilizar su derecho de adquisición preferente en los plazos para ello diseñados por las distintas normas, que, sin otro ánimo que el ejemplificativo, el artículo 1524 del Código – para el de comuneros y el de colindantes¹²⁴ – cifra en nueve días contados desde la

¹²⁴ Sin mencionar los contemplados en las leyes especiales, dentro del propio Código los artículos 1638 y 1639 establecen los plazos para el ejercicio del retracto enfiteútico, el 1067 para el de coherederos y consocios, etc...

inscripción de la enajenación en el Registro y, en defecto de ella, desde que el titular retractual hubiera tenido conocimiento de la venta.

Es dicha enajenación consumada¹²⁵ la que permite que el derecho nacido previamente entre su fase activa, y así se inicie la posibilidad de su actuación, enajenación que por cuanto aquí interesa tanto da que comparezca pura y simple, como que reciba el acompañamiento del pacto redentor. No resulta de recibo, por consiguiente, esperar a que expire el término del rescate para comenzar a contarse esos nueve días – o los que fueren, según la modalidad con la que nos topemos: comuneros, colindantes, enfiteútico, de coherederos, etc... – del plazo retractual legal¹²⁶.

La prevalencia aducida del retracto legal sobre el convencional no constituye, no obstante, obstáculo ni traba alguna para que, una vez ejercitado con éxito aquél, durante el tiempo restante antes de que el último caduque, pueda el vendedor inicial rescatar la cosa del retrayente legal, quien al servirse de su derecho pasó a convertirse en titular actual de la misma y, en consecuencia, en probable retraído convencional¹²⁷.

Por lo demás, en el momento de la utilización del retracto convencional es palmaria la imposibilidad de interferencia de ninguno de los retractos legales, debido a que quien actúa el derecho de redención no adquiere por compra voluntaria ni mediante dación en pago – presupuesto de hecho tipificado en el artículo 1521 del Código –, sino que adquiere en virtud del vigor reintegrador de su singular derecho de readquisición provisto de eficacia real.

Cuestión aparte, mas no menos interesante, es la referente al despliegue de la acción retractual convencional antes de ejercitarse su homónima legal. En tal caso, la previa utilización por el vendedor del derecho de rescate, disuelve los efectos de la venta, y priva simultáneamente al derecho de retracto legal de su sustrato material, cegando la posibilidad de su actuación.

¿Qué decir, a renglón seguido, de la relación o conflicto entre un derecho

¹²⁵ Ss. T. S. de 19 de junio de 1920 – considerando segundo –, 24 de junio de 1927 – considerando tercero –, 24 de enero de 1928 – considerando tercero –, etc...

¹²⁶ S. T. S. de 20 de mayo de 1943 – considerando cuarto –.

¹²⁷ La propia S. T. S. de 20 de mayo de 1943 – considerando quinto –, así como la de 24 de marzo de 1956 – considerando primero de la segunda sentencia –.

de retracto convencional y un “retracto voluntario”? ¿cómo se resolverá?

El desenlace del interrogante propuesto, ante el origen pactado – no legal – de ambas modalidades, consiste en recurrir, al objeto de reconocer primacía a una de ellas, al criterio cronológico.

Tomemos como punto de partida uno de los ejemplos de “retracto voluntario” alumbrado por negocio *inter vivos*: los dueños de los diversos pisos de un inmueble han convenido en la escritura de constitución de dicha propiedad horizontal que, vendiendo alguno el suyo, los propietarios de los restantes estén dotados de un derecho retractual¹²⁸ - de naturaleza real -, de régimen similar al legal – salvo en lo relativo a su procedencia extranormativa – ejercitable no bien se consume esa enajenación.

Y si, en efecto, el dueño de uno de los pisos se lo vende a un extraño, y otro de los integrantes de la comunidad de propietarios, tan pronto como se entera de la enajenación, se sirve de su “retracto voluntario”, lo cual ocurre una vez que el tercero ya se ha convertido en *dominus* de la vivienda, tendrá derecho el titular retractual a que el extraño le enajene a título forzoso el mismo piso. Sin embargo, el dominio que reciba de éste se encontrará sometido – al igual que sucedería si lo lograra debido a la actuación de un retracto legal – al posible empuñamiento del *ius redemptionis*.

Como el ejercicio tempestivo del derecho de rescate en nada se veía dificultado por el empleo previo de alguno de los retractos legales admitidos, tampoco supondrá traba o impedimento a la recuperación la utilización con

¹²⁸ El ejemplo relatado – un “retracto voluntario” sin la escolta de un tanteo de la misma índole -, aunque es perfectamente admisible en teoría, en la práctica se acerca a los supuestos de laboratorio; aquí, como en general en todos los casos de “retracto voluntario”, hay que esperar, a fin de poder ejercitar la correspondiente acción retractual, a la consumación de la enajenación, cuando resulta mucho más sencillo lograr el mismo objetivo que éste persigue – la adquisición por el titular del derecho del dominio del bien – en una fase temporal anterior, merced al empleo del “tanteo voluntario”. Por lo tanto, el “retracto voluntario” no suele ser sino el reverso postadquisitivo de un tanteo de igual especie, una segunda oportunidad utilizable cuando la primera no ha dado los resultados anhelados por su titular, bien porque el tanteante desconoció la celebración de la enajenación – no se le notificó -, bien porque aun recibiendo aviso de la misma no tuvo conocimiento exacto de alguno de sus elementos esenciales – el precio que se le comunicó es inferior o superior al ofrecido, etc... -, ante lo cual se abre a favor del antes tanteante – y ahora retrayente – un nuevo término de caducidad para que logre su objetivo: el “tanteo voluntario” insatisfecho se metamorfosea en un “retracto voluntario”.

Incluso se admite – por extraño que parezca -, siempre que así se acordase, la presencia de un derecho de tanteo y de otro de retracto voluntarios cumulativamente, de forma que cuando el tanteante fuera informado de la enajenación planificada, si dejara caducar motu proprio el período previsto para el mismo sin utilizarlo, aún pudiera devenir dueño de la misma a través del retracto durante cierto término temporal.

anterioridad de un "retracto voluntario". El titular de este derecho, por mediación del mismo conseguirá, luego de la oportuna tradición, devenir dueño de la vivienda, pero su dominio se hallará afecto a la amenaza plasmada en el derecho de redención – durante el tiempo que aún le reste de vida -.

Naturalmente, y en vista de que el retracto legal prevalece sobre el convencional, idéntico predominio debe sostenerse si la concurrencia acontece entre aquél y su réplica voluntaria. De igual manera que entonces, el superior rango jerárquico de la modalidad retractual legal reposa en la ley imperativa que la produce, contra la que la autonomía privada nada puede.

Acerca de esta solución incontestable se ha pronunciado, acogiéndola sin reservas, la jurisprudencia, aunque, como casi siempre en punto a la terminología, mediante el manejo caótico por lo aleatorio de las denominaciones. En tal sentido la S. T. S. de 30 de abril de 1964, en su considerando primero, que consagra la relatada primacía del retracto legal respecto a un sedicente retracto convencional – en verdad, uno "voluntario", tal y como se desprende de la lectura de los hechos recogidos en el propio considerando¹²⁹ -.

Empero, y a diferencia de lo dibujado al tratar de las relaciones entre el retracto legal y el convencional – en donde le cabía al titular del derecho de rescate el empleo del mismo contra el retrayente legal, incluso si éste devenía *dominus* de la cosa, en tanto el término recuperador no hubiera expirado -, el "voluntario" no puede hacerse valer cuando se ejercita el retracto legal: ahora es una sola enajenación pura y simple la que desencadena, al unísono, la posibilidad de empleo de ambos retractos, mas la supremacía del segundo elimina, ante el intento de utilización de ambos, de modo automático, cualquier operatividad del primero.

A fin de completar el panorama esbozado, no es ocioso preguntarse por la confluencia o reunión de acciones adquisitivas en mano única.

¹²⁹ : " en los escritos fundamentales del pleito se planteó y discutió si el derecho de tanteo y subsiguiente retracto convencional, del que está asistido el hoy recurrente por disposición testamentaria de su padre y acuerdo de los herederos del mismo en el cuaderno particional, es preferente al retracto legal del inquilino, o, en caso negativo, si es nula la transmisión hecha a favor de éste por *fraudem legis*, cuestión resuelta por la sentencia impugnada concediendo preferencia al retracto legal arrendaticio, ... "

Verbigracia, el vendedor con pacto de retracto convencional toma en arriendo la finca enajenada – lo cual acontece en un número nada despreciable de ocasiones – y, vivo el plazo de posible ejercicio del rescate, el comprador inicial transmite su dominio claudicante a un tercero; ante esa tesitura, el arrendatario dispondrá de un bifronte mecanismo de adquisición: el que le brinda su derecho de recuperación – más correctamente un derecho de readquisición –, y el que le confieren las leyes en forma de retracto arrendaticio rústico o urbano.

Sin embargo, en puridad, no existe esa pretendida doble aptitud adquisitiva. Las leyes especiales persiguen favorecer el acceso a la tierra o a la vivienda a quien no goza de otros medios para ello; el retracto legal arrendaticio está pensado para situaciones en las que no concurre un *ius redemptionis*, ya que aquel que mantiene ese contacto invisible con la cosa típico del titular del rescate – que readquiere por mor del mismo título por el que enajena –, no precisa hacer retomar el dominio del bien a su espacio patrimonial a través de un título jurídico distinto, cual es la enajenación forzosa realizada en su favor por el tercero adjudicatario: para qué apelar a un nuevo negocio cuando se consiguen idénticos resultados, con mayor simplicidad jurídica, mediante el empleo de la acción real de redención contra el tercero.

Además, como señala Del Moral y de Luna¹³⁰ en una de sus excelentes puntualizaciones: “si así no fuera, aquella duplicidad, en manos de un desaprensivo retrayente, supondría un fácil avispero de abusos. Y, en último extremo, me atrevo a estimar que la potestad selectiva de vías adquisitivas no debe corresponder al retrayente si no es con el asentimiento del retraído”.

¹³⁰ *Los derechos de adquisición ...*, cit., p. 368.

CAPÍTULO III:

GLOSA DEL ARTÍCULO 1506 C. C.: LAS CAUSAS ESPECIALÍSIMAS DE RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA:

Remedo casi exacto del precepto 1435 del Proyecto de 1851¹, del cual – por su aparente claridad – omite todo comentario García Goyena², la redacción del artículo 1506 se exterioriza como sigue:

“La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o por el legal³”.

En parecidos términos se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1928 – en su considerando cuarto -: “el contrato se rescinde: primero, por todas las causas generales de la rescisión de los contratos; segundo, por el incumplimiento de las obligaciones del comprador o vendedor; tercero, por la especial de retracto, y cuarto, como contrato bilateral, por lo dispuesto en el artículo 1124 C. C.,...⁴”.

Tanto en el texto legal como en el pronunciamiento jurisprudencial se utilizan, respectivamente, los vocablos “resolución” – a imagen de la propia rúbrica del capítulo VI, título IV, libro IV del Código – o “rescisión”, con un significado más relajado del que merecen, en rigor, desde el punto de vista de la ortodoxia técnica. Más apropiado hubiera sido el empleo, con tan amplio objeto, del término extinción⁵.

¹ Dispone el artículo 1435 del Proyecto de 1851: “La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional y por el legal.” = cita tomada de: García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 414.

La única diferencia, pues, con el artículo 1506 del Código de 1889, radica en que éste emplea la conjunción disyuntiva en lugar de la copulativa.

² *Concordancias*..., cit., tomo III, p. 414.

³ El derecho comparado suministra gran cantidad de preceptos equiparables al español. Por ejemplo, el artículo 1533 del Código de Venezuela; el § 3891 del Código de Puerto Rico; el artículo 1736, 2 del Código de Uruguay; el artículo 927 del Código portugués; o el artículo 1658 del Código francés.

⁴ Más parcamente, la S. T. S. de 26 de septiembre de 1927 – considerando octavo – indica que: “Las compraventas se resuelven por el incumplimiento de las obligaciones del vendedor y del comprador, por todas las causas generales de rescisión y por la especial del retracto, ...”

⁵ *Vid.* Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 338.

Sirviéndose del mecanismo de la remisión, se alude inicialmente en el citado artículo, con escasa utilidad por otra parte, al primer grupo de causas de resolución (recte: de extinción) de la compraventa, esto es, a los modos comunes. A ella, en tanto que modalidad contractual típica, le son de cabal aplicación todas y cada una de las causas genéricas extintivas de las obligaciones; por lo tanto, puede hallarse aquejada de nulidad en sus dos variantes, ya nulidad radical o absoluta, ya simple anulabilidad.

Como un contrato más, se extingue asimismo la compraventa, en segundo lugar, merced al despliegue del mecanismo rescisorio. Tal figura implica la pérdida de eficacia de aquellos contratos incardinables en los cinco casos del artículo 1291 del Código. Los cuatro primeros resultan ser concretos; el quinto y último efectúa un reenvío a los demás supuestos en que “especialmente lo determine la ley”.

La tercera causa general de extinción del contrato de compraventa, como bilateral y conmutativo que es, consiste en el ejercicio del expediente resolutorio del artículo 1124 C. C.

En segundo término, encuentran acomodo en el artículo 1506 del Código, las denominadas causas especiales de extinción de la compraventa, que aparecen reseñadas en los cinco capítulos anteriores del mismo cuerpo normativo. Consiste ello en una adaptación a la peculiar configuración e idiosincrasia de este contrato de los modos generales extintivos a que se ha aludido previamente. De entre estas causas especiales, unas actúan a favor del comprador: hipótesis de pérdida total o parcial de la cosa (art. 1460), variaciones en la cabida o desmerecimiento de la calidad de los inmuebles vendidos a razón de un precio por unidad (art. 1469), etc...; otras operan en beneficio del vendedor, cual es el supuesto de los artículos 1503 y 1504 para inmuebles, y 1505 para muebles.

Por último, la pausada lectura del artículo 1506 del Código Civil nos conduce a su parte final. En ella se indica que “y (se resuelve la venta) por el retracto convencional o por el legal”. Es la única porción del precepto que goza de verdadero sentido normativo, porque la parte precedente reduce su eficacia a consistir en un mero recordatorio de otros preceptos de dicho texto. Engloba

las calificadas por la doctrina como causas especialísimas de resolución de la venta.

Respecto a ello se impone reseñar, primeramente, que resulta criticable la unificación, tal como la efectuó el Código, siguiendo la estela del Proyecto de 1851, del retracto convencional y legal, habida cuenta de que apenas si existe alguna nota común entre el derecho de adquisición preferente surgido del mandato legal y la compraventa con pacto de rescate.

A juicio de Badenes Gasset⁶: “mejor hubiera sido quitar de tal lugar sistemático la regulación general del retracto legal, y limitarse a las estipulaciones de las partes que pueden determinar que al contrato se le añadan determinadas cláusulas o pactos que provoquen la extinción, caso de sobrevenir los acontecimientos previstos, articulando las normas referentes al retracto convencional, y ampliando este género último de causa de extinción a otros pactos de marcado sabor extintivo (pacto de mejor comprador, *pactum displicentiae*, etc...) ...”.

Las diferencias que separan a los dos subtipos retractuales son harto numerosas pues, a excepción del propio sustantivo “retracto”⁷ y del hecho de que comparten ciertos preceptos del Código Civil⁸, todas sus restantes características se revelan divergentes.

Antes de nada, se debe reparar en la disímil fuente de creación de las dos modalidades retractuales, evidenciada por los respectivos adjetivos que acompañan al término retracto: la libre voluntad de las partes en uno, el precepto legal en otro.

Desde el punto de vista estructural, en el retracto convencional, el titular primero del *ius redemptionis*, así como el inicial sujeto pasivo de la acción rescatadora han de haber tomado parte con carácter forzoso en el contrato-básico en concepto, respectivamente, de vendedor y comprador, de manera

⁶ *El contrato* ..., cit., tomo II, 3ª edición, p. 848.

⁷ Véase *supra* el epígrafe I.1.

⁸ Son los artículos 1511 y 1518.

que el ejercicio del derecho de redención no reclama la presencia de un tercero ajeno – que no participara – en la venta-cimiento. En cambio, en el retracto legal es necesaria la intervención en todo caso de un sujeto adicional, pues la correspondiente acción es atribuida a un tercero, ajeno a la transmisión y a la relación comprador – vendedor.

Por el momento de su actuación, cabe ejercitar el retracto legal aprovechando la oportunidad de que el propietario desee voluntariamente enajenar la cosa, caso en que la preferencia, hasta entonces latente, deviene operativa. El convencional, por su parte, es ejercitable *utile tempore* siempre que el vendedor – o ulterior titular del derecho – quiera motu proprio, sirviéndose de la reserva acordada en su día, recuperar el dominio sobre la cosa.

En último término, en cuanto a la naturaleza jurídica, el convencional constituye, lisa y llanamente, un derecho de readquisición, recobro, recuperación, redención o rescate, al tiempo que el legal es ubicado por la doctrina en la categoría de los derechos reales de adquisición preferente.

3.1. Construcción jurídica del retracto legal: la noción de “enajenación forzosa”:

Tras la comparación entre ambas variantes retractuales, conviene, antes de consagrarse al estudio de la convencional, reparar en los problemas jurídicos que plantea la configuración de la legal. En lo atinente al *ius redemptionis* las dificultades se centran en armar, de manera técnicamente admisible, a la institución como una causa de resolución del contrato: en concreto, encarnada en una condición de ese jaez, lo que, aun a pesar de reflejar el parecer predominante de los autores y de la jurisprudencia, ha sido, sin embargo, objeto de fuertes objeciones y aceradas críticas⁹. Ahora, por cuanto toca al retracto legal, los reparos se acrecientan, toda vez que la idea de resolución del contrato, enunciada en el precepto 1506, no se compagina con la noción de subrogación contenida en el tenor literal del artículo 1521,

⁹ La configuración del retracto convencional como una condición resolutoria representa el objeto del epígrafe 3.2.

también del Código Civil, así formulado:

“El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”.

Pues bien, con el fin de clarificar el exacto sentido de los términos empleados en ambos preceptos, y el mayor o menor acierto mostrado en su elección, se han elaborado cuatro teorías:

De acuerdo con la primera de ellas, es dable armonizar una resolución con una subrogación. Se viene a preconizar la compatibilidad de dos términos, en puridad técnica contradictorios. Así, a título de ejemplo, Escriche¹⁰ escribía que “por el retracto compete a alguno (...) anular alguna venta”, y agregaba que “el que retrae se subroga en lugar del primer comprador”.

Más recientemente, esta postura ha recibido el decidido respaldo de Alvarez Martínez¹¹, quien arguye que la resolución y la subrogación actúan “ambas a la vez, como mecanismos íntimamente conectados: por el primero se elimina al adquirente intermediario, por el segundo se coloca el retrayente en esa posición subjetiva vacante”.

La jurisprudencia, dada la nebulosidad reinante en este punto, resulta en no pocas ocasiones de difícil inteligibilidad. A pesar de esa falta de claridad, en algún pronunciamiento parece inclinarse por esta teoría: en tal sentido, cabe citar una S. T. S. de 16 de octubre de 1967, relativa a un retracto forestal a favor del Patrimonio del Estado. En su considerando primero sostiene que “el retrayente se subroga, con las mismas condiciones estipuladas, en lugar del adquirente...” En apariencia, pues, se pronuncia en pro de la subrogación, pero, más adelante, en su considerando noveno, añade: “... porque la

¹⁰ Voz “retracto”, en *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1847, p. 824.

En parecidos términos se expresaba Abellá, J.: “retracto es el derecho que compete a ciertas personas para adquirir la cosa vendida, rescindiendo el contrato respecto del comprador y subrogándose en su lugar.” = *Código Civil vigente en la Península y Ultramar*, Madrid, 1890, p. 437.

Un planteamiento semejante había tenido acogida, en la esfera normativa, en el artículo 641 del Proyecto de Pablo Gorosabel: “Retracto es el derecho que compete a ciertas personas para adquirir la cosa vendida, rescindiendo el contrato respecto del comprador, y subrogándose en su lugar”. = *Redacción del Código Civil de España*, Tolosa, 1832, p. 143.

¹¹ *La singularidad de los efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser*, en R. G. D., Madrid, 1955, p. 469.

resolución contractual opera desde que es declarada por los Tribunales y no antes, mas, cuando, como en el caso presente se declara resuelto el contrato en debido acatamiento al precepto contenido en el art. 1506 ...”.

De forma análoga, la S. T. S. de 16 de diciembre de 1993, en cuyo fundamento de derecho tercero se subraya, con motivo de un retracto de comuneros, que los retractos legales “por un lado son resolución de contrato, y, por otro, subrogación en el contrato de una persona por otra, lo que le puede atribuir la función añadida de liquidar o extinguir una situación anterior mediante las prestaciones que señala el a. 1518 del C. C.”.

Sin embargo, este planteamiento conciliador presenta un evidente defecto, un punto débil insalvable, y es que si concurre una resolución, tal y como esgrimen los autores citados, se desvanece esa “posición subjetiva vacante”, que no resulta ya vacante, ni representa posición alguna. En una palabra, si el contrato ha quedado resuelto, cómo concebir entonces que el retrayente consiga ocupar el lugar del comprador.

Por otra parte, ahora haciendo hincapié en el término “subrogación” del artículo 1521 C. C., razona atinadamente González Pacanowska¹²: “Si el retracto sólo puede ejercitarse una vez que la compraventa ha sido consumada, la única posición en la que podría subrogarse el retrayente sería en la de deudor del precio, si es que todavía no se hubiese pagado; y si ya se hubiese satisfecho, no queda posición en la que subrogarse”.

La segunda corriente doctrinal se declara firmemente partidaria de lo dispuesto en el artículo 1506 del Código Civil; puesta en la disyuntiva de optar entre la resolución y la subrogación, se decanta por la primera.

Castán se cuestiona, en relación con ello, si nos hallamos ante una causa de resolución de la compraventa, y se responde que la generalidad de nuestros tratadistas y el propio precepto 1506 suministran una contestación afirmativa¹³.

Tal es el caso de Scaevola¹⁴, cuando indica que “no puede dudarse que,

¹² *Retracto* ..., cit., p. 331.

¹³ Castán Toboñas, J.: *Derecho Civil Español* ..., cit., tomo IV, 15ª edición, p. 176.

¹⁴ Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 335.

tanto en uno como otro – ambos retractos –, la relación contractual, creada entre determinados comprador y vendedor, se resuelve. Desde este punto de vista es inconcuso que la agrupación de modos resolutorios, bajo un solo Capítulo, responde a una ordenación de materias lógica y plausible”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1957, referente a un retracto de comuneros, parece incidir en los argumentos de esta corriente, si bien empleando el verbo “revocar”, al sostener, en su considerando cuarto, que: “la finalidad legal del retracto es en general la de revocar el dominio adquirido por un tercero a favor de quien tiene derecho preferente a ello, ...”

Asimismo, sobre la base en este caso de razonamientos procesales, se señala por la jurisprudencia, de manera indirecta, que el ejercicio triunfante del retracto legal tiene como consecuencia la resolución de la venta – de acuerdo con lo escuetamente disciplinado en el artículo 1506 –, puesto que se afirma que la demanda retractual debe dirigirse contra el comprador y el vendedor, según requiere, p. ej., el considerando tercero de la S. T. S. de 25 de febrero de 1950.

La tercera posición doctrinal, en oposición a la anterior, se manifiesta sin reservas a favor de la subrogación, otorgando primacía a los términos del artículo 1521 C. C. sobre los contenidos en el 1506, y rechazando, en consecuencia, la existencia de resolución alguna. Esta decantación en beneficio de la subrogación ha sido defendida por gran número de los Comentaristas del Código Civil, amén de recibir un estimable refrendo desde el sector jurisprudencial. En apoyo de ello, desde el terreno doctrinal, argumenta Manresa¹⁵ que: “ (el) derecho de subrogarse (...) tiende a convertir en verdadero adquirente a aquel a quien el retracto corresponde. Salvo en lo que se refiere a la diferencia de persona, no trata de introducir alteración alguna en las condiciones estipuladas, que están ya fijadas por el comprador y el vendedor; al retrayente toca respetarlas y cumplirlas en lo que le afecta; con vista de ellas determinará si hace o no uso del retracto”.

¹⁵ *Comentario* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 495.

De manera pareja enfoca el asunto Nart¹⁶. Niega que se produzca el fenómeno resolutorio y alega, en un breve y claro párrafo, la conveniencia de hablar de subrogación; según él: "... la relación jurídica creada entre el enajenante y el adquirente de la finca se mantiene firme e inalterable, variando solamente uno de los elementos personales, que es precisamente en lo que consiste el recurso técnico de la subrogación; por tanto, el retracto legal es un derecho real de adquisición que no actúa ni como condición resolutoria ni imprimiendo la obligación de vender, sino a través de un procedimiento subrogatorio, que produce sus efectos frente a todos sin necesidad de inscripción, por estar inserto en el estatuto jurídico de la propiedad y dotado, en consecuencia, de una publicidad legal superior a la del Registro".

Ente la pléyade de sentencias partidarias de esta tesis, son reseñables las siguientes: la S. T. S. de 10 de febrero de 1966, en un supuesto de retracto de comuneros, en cuyo considerando primero dispone: "... y aquél (el retracto legal) es de los denominados <<derechos reales de adquisición>>, y por ello no alcanza plenitud de efectos hasta tanto que por consecuencia de la sentencia firme que lo reconoce no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho, cual se establece en el artículo 1521 C. C.".

La S.T.S. de 25 de abril de 1992 también incide en la cuestión, en un proceso en que se discutía la existencia de un derecho de adquisición preferente de origen voluntario; se puntualiza en ella, dentro de su fundamento jurídico segundo, que: "no concurre la situación de subrogación que caracteriza al retracto (legal)...".

Asimismo, algo más cercana en el tiempo, la S. T. S. de 30 de marzo de 1995, centrada de nuevo en un caso de retracto de comuneros, en su fundamento de derecho segundo, concluye: "en el proceso a que este recurso (de casación) se refiere, dado el muy específico objeto del mismo – la subrogación en el lugar del comprador, en que todo retracto consiste –, ...".

¹⁶ *Ex arrendamientos*, en A. D. C., 1951, p. p. 952 y 953.

Son de interés en la materia, también, los pronunciamientos de los siguientes autores = Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, volumen II, 5ª edición, Madrid, 1977, p. 530; Borrell y Soler, A. Mª.: *El contrato ...*, cit., p. 530; Bellón, I.: *Efectos en la compraventa de los retractos legales. Significación social de éstos. Particularidades del arrendaticio rústico. ¿Ocasionan deberes para el Notario?*, según recensión de Pou de Avilés, J. Mª., en R. G. L. J., septiembre de 1948, tomo XVI, p. p. 223 y 224.

En otro orden de cosas, el empleo del vocablo “subrogación” por el artículo 1521 del Código Civil se debe, como especifica Coca Payeras¹⁷, a la poderosa influencia de la clásica definición del retracto del Pothier, quien, sin embargo, no utilizaba aquella palabra en su acepción técnica. El autor francés razonaba así: “El retracto es el derecho de tomar la cosa de otro, y de volverse comprador en su puesto”. Luego de esa sucinta definición, añadía: “No se dirige a rescindir y destruir el contrato, sino a subrogar, en todos los derechos resultantes del contrato, a la persona del retrayente en la del comprador contra quien se ejercita el retracto¹⁸”.

Más adelante, en la misma obra, consciente del error a que podían inducir las anteriores frases, matizaba sus previos asertos y, ya en sede de retracto de sangre, aducía que éste consistía “en el derecho de que disfruta el pariente para obtener la cosa del comprador ajeno a la estirpe familiar, y de subrogarse en la compra que éste ha hecho...”¹⁹. Lo cual da pie a Coca Payeras para concretar la razón de la equivocación, que se extendió con prontitud y motivó la progresiva atribución al término “subrogación” de un desafortunado sentido, ayuno de corrección científica: “Adviértase – señala el autor español – que habla de un derecho a subrogarse “en la compra”, no en la posición contractual del comprador. Esta subrogación “en la compra”, equivale a “subrogarse en la titularidad de lo comprado”, lo que en modo alguno es técnicamente una subrogación, sino una transmisión de una titularidad real. Por lo tanto, cuando se refiere al “derecho a ser subrogado”, en realidad, desde una óptica técnica, se pretende decir “derecho a que le sea transmitido” o “derecho a adquirir” el objeto en cuestión²⁰”.

Coincide completamente Albaladejo con la referida interpretación, pues recalca que: “en el retracto (legal) no hay subrogación en el contrato ni adquisición del dueño, sino que el retrayente adquiere del adquirente, en virtud de una nueva transmisión de éste a él²¹”.

¹⁷ *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, p.p. 40 a 45.

¹⁸ *Oeuvres de Pothier* ..., cit., deuxième édition, tome troisième, p. 259.

¹⁹ *Ídem*, p. 348.

²⁰ Coca Payeras, M.: *Tanteo* ..., cit., p. 42.

²¹ *Derecho Civil*, cit., tomo III, volumen segundo, 8ª edición, Barcelona, 1994, p. 357.

Todo lo cual nos conduce de modo ineluctable a la cuarta y última de las teorías propuestas. Esta postrera corriente doctrinal defiende que, ni se resuelve el contrato celebrado, ni es admisible tampoco la subrogación en la posición contractual del comprador, entendida la subrogación en su correcto sentido técnico, dado que la venta debe encontrarse consumada – es decir, cumplida la obligación de entrega de la cosa, por el vendedor, mediante la *traditio* – para poderse blandir el retracto legal. Entonces, la *res* se ha instalado en el patrimonio del comprador, y el retrayente no puede colocarse en su puesto por la simple razón de que el contrato ya generó todos sus efectos²². El retrayente legal dirige su acción real contra dicho comprador – o causahabiente – a fin de que le transmita el bien, de forma que se sitúa a este último en la obligación de efectuar una “enajenación forzosa” en favor de aquél.

Como firme exponente de semejante parecer doctrinal aparecen las iluminadoras palabras de Albaladejo: “ el retrayente adquiere del adquirente, y no del antiguo dueño de la cosa, siendo el sentido del artículo 1521 C. C., no que la subrogación del retrayente se opere en el puesto que el comprador tenía en el contrato de enajenación de la cosa, sino que se subroga en el lugar de éste, en el sentido de que viene a adquirir la cosa, y convertirse en dueño de ella, en las mismas condiciones en que el otro se había convertido antes en dueño de la misma. Lo que pone en evidencia la inexactitud literal del art. 1506, ya que no es que se resuelva (por el retracto legal) la transmisión primera, sino que, sobre ella, se produce una segunda transmisión del adquirente al retrayente²³ ”.

La jurisprudencia facilita, asimismo, notables muestras de que la “subrogación” del artículo 1521 del Código no representa otra cosa que un modelo palmario de “enajenación forzosa”. Valga como ejemplo, por su claridad meridiana, la S. T. S. de 17 de abril de 1958, porque, en un supuesto en que se discutía la procedencia de un retracto arrendaticio urbano, constató en su considerando segundo que: “el retracto legal tal como lo define el C. C.,

²² Vid., De Diego, F. C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, nueva edición revisada y puesta al día por A. De Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959, p. 219.

²³ Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, cit., tomo III, volumen segundo, 8ª edición, p. 357.

Vid., también, Bello Janeiro, D.: *El retracto de ...*, cit., p. p. 23 y 24.

es un derecho de preferencia que la Ley otorga a favor de determinada persona en razón a su relación con la cosa objeto de la compraventa y a virtud del cual el comprador viene obligado a transferir al tercero retrayente la cosa comprada en las mismas condiciones (en) que (la) adquirió,...”.

En resumidas cuentas, la utilización tempestiva y victoriosa de la acción de retracto legal, lo que alumbra – lejos de suponer una resolución de la compraventa, pues el retrayente no adquiere del vendedor, o de consistir en una subrogación – es una segunda transmisión impuesta por la ley, previo reembolso al comprador de los capítulos a que se refiere el artículo 1518 del Código Civil.

Por último, aun a pesar de las críticas, reparos y objeciones esgrimidos contra el artículo 1506 C. C., bien en solitario, bien en relación con el precepto 1521, interesa destacar que nuestro Código no es el único en incurrir en alguna deficiencia técnica. Puede citarse a propósito, verbigracia, el artículo 1658 de su emblemático homólogo francés, que comete un fallo de cierto calado.

Tal precepto 1658 *in fine*, viene a decir: “..., el contrato de compraventa puede resolverse por el ejercicio de la facultad de rescate y por el carácter irrisorio del precio²⁴”. Es dable, por ello, concluir a este respecto, siguiendo a Puech²⁵: “ que los términos del artículo son inexactos. Si la facultad de redención representa, en efecto, una causa de resolución (contractual), ya que se trata de un acto jurídico posterior a la venta, la cual era en sí perfectamente válida, no ocurre igual con el supuesto del carácter irrisorio del precio: esto implica un vicio original del contrato, lo que lo sitúa entre las causas de nulidad del mismo”.

²⁴ El original francés señala: “ ..., le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix . ”

²⁵ Voz “ vente. Nullité et résolution. Généralités ”, mis à jour par R. Le Guidec, en *Notarial Répertoire Dr. Français*, fasc. Z-2, 5, 1989, p. 2.

3.2. El retracto convencional modelado como condición resolutoria moderadamente potestativa:

El pacto de retracto convencional somete el contrato-básico en que se incardina al juego de una condición resolutoria moderadamente postestativa, articulada en un derecho de tal índole resolutoria conferido al vendedor o enajenante.

Respetar esa condición las notas de incertidumbre y arbitrariedad requeridas, habida cuenta de que el acontecimiento en que se traduce la condición no se sabe a ciencia cierta si se producirá: se ignora si el titular retractual decidirá o no ejercitar su derecho durante el plazo previsto al efecto; lo segundo, la arbitrariedad, pues supone una *condicio facti*: son los contratantes quienes de modo libre, sin que lo prescriba ni recomiende la ley, acuerdan insertar la cláusula rescatadora.

Entraña una condición resolutoria o final, porque su verificación motiva la cesación de los efectos del negocio, es decir, su ejercicio resuelve el título – la compraventa²⁶ –, y ésta se entiende retroactivamente borrada en sus consecuencias, si bien con importantes limitaciones o correctivos, recogidos en sede de teoría general – arts. 1120, 1122 y 1123 C. C. –, así como en la normativa propia del *ius redemptionis* – arts. 1519 o 1520 C. C. –.

La utilización del derecho de retracto convencional – reseña la R. D. G. R. N. de 27 de mayo de 1926 – considerando primero – “provoca el desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a efecto”. Se opera la reviviscencia automática del dominio en manos de retrayente. Y añade la enjundiosa Resolución – en su considerando segundo – que “los autores han negado al nuevo acto el nombre de recomprarreventa o rescate y aun la categoría de contrato para reputarlo *distractus* o resolución de la venta efectuada, sin necesidad de nueva tradición, como si el vendedor no hubiese transferido nunca la propiedad de la cosa, y tal concepto jurídico se halla exactamente

²⁶ Ss. T. S. de 8 de abril de 1930 – considerando segundo – y 13 de diciembre de 1957 – considerando 1º, D. –.

incorporado a la denominación *retracto*, cuya etimología indica que mediante un acto material el antiguo vendedor vuelve a tomar posesión de la cosa (*rursus ad se eam trahit*)”.

El Código Civil localiza la disciplina legal del retracto en el interior de un capítulo cuya rúbrica es <<de la resolución de la venta>>, y en el artículo 1506 se refiere a él como una de las causas en virtud de las que “la venta se resuelve”. A mayor abundamiento, el artículo 1509 indica que “si el vendedor no cumple lo prescrito en el artículo 1518, el comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida”, lo que evidencia que la venta con cláusula rescatadora confía al adquirente una propiedad revocable o *ad tempus*, sujeta a una amenaza o apercibimiento de resolución que se subordina a la decisión del vendedor.

Es, también, una condición positiva, en atención a que la eficacia de la compraventa se hace depender del hecho de que ocurra algún suceso; consiste en algo que modifique el estado presente de cosas: el blandimiento del poder redentor.

Cuenta con carácter expreso y, asimismo, es potestativa, puesto que se encomienda o vincula su advenimiento a la sola voluntad del retrayente – interesado – (S. T. S. de 28 de diciembre de 1984 – considerando tercero de la primera sentencia -), lo que la diferencia de la condición casual – que consiste en un hecho exterior o en la voluntad de un tercero ajeno a la relación obligatoria – y de la mixta – que se pliega en parte a la voluntad de los interesados y en parte a otras circunstancias independientes de aquélla -, en razón de que “no depende de un acontecimiento futuro e incierto”, que es a lo que dicha Sentencia califica como condición en sentido técnico.

No supone, sin embargo, una condición puramente potestativa, también denominada exclusivamente potestativa²⁷, voluntaria²⁸, meramente potestativa²⁹, rigurosamente potestativa³⁰, potestativa pura, *si voluero* o

²⁷ Según terminología de la S. T. S. de 30 de diciembre de 1980 – considerando cuarto de la primera sentencia -.

²⁸ Artículo 1032, p. 2º del Proyecto de 1851: “ Es potestativa ó voluntaria (la condición), cuando depende puramente de la voluntad de una de las partes; y mixta cuando depende juntamente de un acontecimiento ageno a la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas.” = García Goyena, F.: *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 69.

²⁹ Beltrán de Heredia, J.: *En torno a la condición potestativa*, en R. D. P., tomo XLVII, Madrid, 1963, p. 218.

condición de querer, toda vez que no se apoya únicamente en un *merum arbitrium*, que no consiste *in ipsa et mera voluntate*, sino que dependiendo de la voluntad del retrayente precisa de otros hechos externos que coadyuvan a su formación, es decir, no le basta sólo la presencia del acto volitivo o la exteriorización de un simple querer. Comporta, por ello, una condición simplemente potestativa, o potestativa simple, o moderadamente potestativa³¹, o potestativa sin más calificativos, en la cual la voluntad del titular retractual depende de un complejo de motivos que represente intereses apreciables³² y que, actuando sobre aquélla, influyan en su determinación, aunque resulten confiados a la valoración exclusiva del interesado.

Si acontece el rescate, el tenor de los artículos 1507, 1509 y 1518 C. C. nos ilustra a este respecto. El vendedor que se reservó simultáneamente a la celebración de la compraventa-básica el derecho de recobrar el bien enajenado, si ejercita su derecho en tiempo oportuno, ha de cumplir los requisitos objetivos – “cargas” – enunciados en el último precepto citado, esto es, el pago del precio de la venta y demás abonos pertinentes, y si no lo hiciere así, el comprador obtendrá – conforme reza el artículo 1511 C. C. – irrevocablemente el dominio de la cosa: su propiedad se trocará en definitiva. El empleo o declaración del retracto, que es optativo pero no caprichoso, presupone una valoración de conveniencia por parte del titular del derecho, porque sabe a qué atenerse y las cantidades que deberá abonar a fin de recuperar el dominio del bien, y sólo puede evitar esos capítulos renunciando al empleo del rescate. En una palabra, la intervención de la voluntad del retrayente supone en gran medida el factor determinante del *factum* caracterizador de la condición, mas el concurso de la voluntad se valora en cuanto se ve acompañado de una actuación positiva consistente en la realización de ciertos desembolsos, sin la que no se opera el resultado resolutorio del contrato-básico. La cesación o mantenimiento de los efectos de

³⁰ Ss. T. S. de 10 de diciembre de 1960 – considerando primero -, y 8 de noviembre de 1978 – considerando tercero -.

Beltrán de Heredia, J.: *En torno ...*, cit., p. p. 216, 218, 221, 223 y 224; Santos Briz, J.: *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo IV, bajo la dirección de J. L. Albácar López, Madrid, 1ª edición, septiembre de 1991, p. 148.

³¹ Albácar López, J. L.: *Código Civil ...*, cit., tomo V, primera edición, p. p. 386 y 414.

³² *Vid.*, en relación con ello, Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II edizione a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, p. 520.

la compraventa se hace pivotar en torno a un acto jurídico del titular retractual.

Semejantes asertos han merecido la corroboración en un pronunciamiento registral, el contenido en el considerando cuarto de la ya aludida R. D. G. R. N. de 27 de mayo de 1926: "la voluntad del antiguo vendedor, unida al reembolso del precio de la venta con los gastos hechos, pagos legítimos e indemnizaciones debidas, decide sobre la readquisición de la cosa vendida, si se manifiesta en tiempo oportuno, ...".

El contrato-básico, en la fase de pendencia, desencadena todos sus efectos (transmisión del dominio al comprador tan pronto como el título se completa con un modo; pago del precio...), y convierte al adquirente en *dominus*, con una propiedad plena pero aún no definitiva, en espera del vencimiento del término del retracto sin que éste sea usado, o cuyo uso resulte defectuoso; nota de interinidad concerniente a los efectos de la venta que tiene, también, reflejo en otros preceptos del propio Código Civil, cual el 869, 2º o el 1572.

El artículo 869, 2º se refiere a la revocación de los legados. "El legado quedará sin efecto – previene -: si el testador enajena, por cualquier título o causa la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa".

La justificación de la excepción contenida en la última parte de ese número 2º, a diferencia del artículo 686, párrafo 1º del Código italiano vigente – que no la recoge³³ –, se apoya en la estimación de que en la venta a retro el testador carecía de la intención inicial de enajenar definitivamente la cosa. La voluntad, por ende, de dejar sin consecuencias el legado, se supedita, cuando se enajena con pacto de rescate, a una condición resolutoria, es decir, la

³³ "Alienazione e trasformazione della cosa legata. - L'alienazione che il testatore faccia della cosa legata o di parte di essa, anche mediante vendita con patto di riscatto, revoca il legato riguardo a ciò che è stato alienato, anche quando l'alienazione è annullabile per cause diverse dai vizi del consenso, ovvero la cosa ritorna in proprietà del testatore".

voluntad opuesta al legado se plasma bajo una manera condicional, que resolverá – en su caso – los efectos de la revocación³⁴.

La readquisición mediante el uso del *ius redemptionis* restaura el vigor del legado, y si no existe readquisición se consolida la revocación. Al resolverse la venta, se retorna, en la medida de lo posible – con los referidos correctivos o paliativos – al *statu quo ante*, y se estima que el vendedor-retrayente no ha dejado de ser dueño.

Idéntico apoyo, igual *ratio legis* anima la redacción del artículo 1572 C. C. El comprador a retro no puede empuñar la facultad de desahuciar al arrendatario, que le concede al comprador estándar el artículo inmediatamente anterior, hasta una vez concluido el término retractual³⁵. La limitación que este precepto introduce en relación con el precedente es justificable porque, mientras dura la fase de pendencia, el dominio del adquirente participa de interinidad, y semejante resolubilidad influye en toda la relación jurídica creada.

Convence de la bondad de la norma el hecho de que con ello se evita que, ejercitado el rescate, el arrendatario deba ser repuesto en su condición de tal, con la necesidad de dar marcha atrás en el desahucio o lanzamiento; con el triunfo de la redención, se tendrían que volver las cosas al ser y estado que tenían cuando la venta se estipuló, y el arrendatario habría de entrar de nuevo en el disfrute del arrendamiento, puesto que todos los actos acometidos por el comprador *pendente condicione* estaban sujetos a la condición de que dependía la subsistencia de su propio derecho, y uno de esos actos es el desahucio llevado a cabo. Al objeto de eludir tales contingencias e inseguridades se ha dictado el artículo 1572³⁶.

³⁴ Vid. en ese sentido: Manresa y Navarro, J. M^a: *Comentarios* ..., cit., tomo VI, volumen II, 8ª edición revisada y puesta al día por L. Martínez Calcerrada, Madrid, 1973, p. 418; Albaladejo García, M.: *Comentarios al Código Civil* dirigidos por él mismo, cit., tomo XII, volumen 1º, Madrid, 1981, p. 147; Sánchez Calero, F. J.: *Comentario del Código Civil* ... del Ministerio de Justicia, cit., tomo I, 2ª edición, Madrid, 1993, p. 2130.

³⁵ Téngase en cuenta el artículo 14 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (B. O. E., núm. 282, de 25 de noviembre).

³⁶ Vid. , por todos, Manresa y Navarro, J. M^a: *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen II, 6ª edición, p. 275.

3.2.1. Los reproches a esa configuración y su réplica:

Empero, a pesar de ser la construcción del pacto de retracto convencional como condición resolutoria la postura mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencialmente³⁷, no se ha alcanzado en este punto unanimidad, y ha recibido determinadas objeciones o reparos desde distintos flancos.

Arranca el primer motivo de crítica, al intento de rechazar esa calificación, en el tenor literal del primer inciso del artículo 1115 C. C.³⁸, que establece la nulidad de la obligación condicional cuando el cumplimiento de la

³⁷ En el terreno doctrinal: lo consideran condición resolutoria = García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 417; De Otto y Crespo, N.: *Del retracto convencional* ..., cit., p. 244; Ondovilla y Durán, A.: *Naturaleza* ..., cit., p. 268; Martínez Ruiz, A.: *El Código Civil* ..., cit., tomo IX, Madrid, 1908, p. 410; Serrano, E.: voz "retracto convencional" ..., cit., p. p. 497, 499 y 505; De Buen, D.: voz "retroventa. Derecho civil", en *E. J. E.*, tomo XXVII, Barcelona, 1910, p. p. 566 y 567; Lezón, M.: *Los préstamos usurarios y las ventas con pacto de retro*, en R. D. P., tomo VI, Madrid, 1919, p. 333; Oyuelos, R.: *Digesto* ..., cit., tomo VI, p. 282; Borrell y Soler, A. M.: *El contrato* ..., cit., p. p. 245 y 248; Santamaría, J.: *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, p. 540; Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. p. 429, 437, 445 y 491; Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. p. 335, 354, 357, 410, 412, etc...; Puig Peña, F.: *Tratado* ..., cit., tomo IV, volumen II, 2ª edición, p. 159; Vázquez Iruzebieta, C.: *Doctrina* ..., cit., p. p. 2163 y 2164; Rivero Hernández, F.: *Elementos de Derecho Civil* de J. L. Lacruz Berdejo, Derecho de Obligaciones, volumen segundo, tercera edición, Barcelona, 1995, p. 76; etc...

Se refieren a él como condición resolutoria potestativa = Gutiérrez Fernández, B.: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tratado de las obligaciones, primera edición, tomo cuarto, Madrid, 1869, p. 334; Ondovilla y Durán, A.: *Naturaleza* ..., cit., p. 283; Parés, S.: *Venta* ..., cit., p. 445; De Buen, D.: voz "retroventa" ..., cit., p. 565; Viñas Mey, J.: *Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1926, p. 191; Badenes Gasset, R.: *La preferencia* ..., cit., p. 33; Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 429; Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. p. 358, 360, 400; Salinas Quijada, F.: *Derecho Civil* ..., cit., tomo IV, volumen 2º, p. 203; Ruiz Serramalera, R.: *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones* II, Madrid, 1982, p. 143; Rubio Torrano, E.: *El pacto* ..., cit., p. p. 181 o 183; Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español* ..., cit., tomo IV, 15ª edición, p. 168; Lete del Río, J. M.: *Derecho de obligaciones*, volumen III, 2ª edición revisada y puesta al día, Madrid, 1995, p. 61; Roca Sastre, R. M., y Roca - Sastre Muncunill, L.: *Derecho* ..., cit., tomo V, 8ª edición, p. 639; etc...

Jurisprudencialmente: lo caracterizan como condición resolutoria = Ss. T. S. de 5 de abril de 1872 - considerando cuarto -, 18 de enero de 1900 - resultando primero y considerando primero -, 1 de julio de 1903 - considerando primero -, 10 de diciembre de 1907 - considerando cuarto -, 14 de junio de 1920 - considerando primero -, 8 de abril de 1930 - considerando segundo -, 20 de mayo de 1943 - considerando cuarto -, 23 de mayo de 1944 - considerando tercero -, 6 de marzo de 1947 - considerando tercero -, 23 de marzo de 1957 - considerando primero -, 28 de mayo de 1957 - considerando cuarto -, 15 de octubre de 1958 - considerandos segundo y cuarto -, 28 de junio de 1961 - considerando sexto -, 21 de noviembre de 1981 - considerando segundo -.

Rs. D. G. R. N. de 25 de diciembre de 1862 - número 4º -, 14 de agosto de 1863 - considerando primero -, 2 de junio de 1866 - hechos -, 15 de junio de 1872, 14 de enero de 1876 - resultandos quinto, sexto y séptimo, y considerandos segundo y tercero -, 17 de marzo de 1882 - considerando primero -, 21 de diciembre de 1886 - considerando cuarto en relación con el tercero -, 28 de mayo de 1889 - resultandos primero, segundo, tercero y quinto, y considerando primero -, 4 de agosto de 1893 - resultandos tercero y cuarto -, 14 de julio de 1900 - resultando séptimo -, 13 de julio de 1901 - considerando segundo -, 10 de septiembre de 1901 - considerandos primero y tercero -, 5 de septiembre de 1906 - resultando tercero y considerando tercero -, 22 de julio de 1910 - considerando tercero -, 5 de noviembre de 1919 - considerando primero -, 24 de noviembre de 1921 - resultando quinto -, 27 de mayo de 1926 - resultando noveno y considerando primero -, 23 de julio de 1927 - resultandos segundo y cuarto -.

³⁸ O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio* ..., cit., tomo II, volumen 2º, p. 59; De Cossío y Corral, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, 2ª edición, revisado y puesto al día por M. De Cossío y Martínez y J. León - Castro Alonso, Madrid, 1991, p. 554.

condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, y que consiste en una aplicación particular del precepto general residenciado en el artículo 1256, en virtud del cual “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Tal crítica debe rechazarse: primeramente, porque adhiriéndome a cierto parecer doctrinal³⁹, aprecio que alcanza la fuerza prohibitiva de dicho precepto 1115 a la condición, ya suspensiva ya resolutoria, mas sólo a la puramente potestativa – en contraste con lo dispuesto en el artículo 1174 del Código francés, que no establece diferencias respecto al tipo de condición potestativa⁴⁰ –, al subordinarse a la mera voluntad del deudor. No se extiende su campo de acción al pacto de retracto convencional, que funciona, conforme se ha sostenido, como condición simplemente potestativa, requiriendo el proceso resolutorio la práctica de determinadas retribuciones especificadas legalmente.

En segundo lugar, a la luz del artículo 1115 C. C., únicamente se veta la condición puramente potestativa *ex parte debitoris*⁴¹ – no la *ex parte emptoris* ni tampoco la simplemente potestativa –, y ello siempre y cuando se refiera no más que a una obligación aislada. Ahora bien, en el caso del pacto de redención, de la condición potestativa no depende sólo una obligación solitaria, sino una relación sinalagmática o bilateral, un contrato, que es la compraventa- básica, de forma que el vendedor – titular retractual originario – no es simplemente deudor, sino también acreedor⁴² – *Zum um Zug* según la técnica germánica –, lo cual permitiría la aposición en el complejo mecanismo negocial de esa condición potestativa⁴³ – incluso si fuera, que no lo es, puramente tal –.

Otra aparente dificultad para configurar a la cláusula redentora como condición resolutoria reposa – a juicio de De Cossío⁴⁴ – en que el rescate

³⁹ Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, tomo I, volumen 2º, 14ª edición, Barcelona, 1996, p.p. 294 y 295.; Álvarez Vigaray, R.: *Comentario del Código Civil ...* del Ministerio de Justicia, cit., tomo II, 2ª edición, p. 79.

⁴⁰ “Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.”

⁴¹ Ss. T. S. de 14 de octubre de 1959 – considerando primero – y 8 de noviembre de 1978 – considerando tercero – (que cita otras más anteriores). Aisladamente, en sentido contrario, la S. T. S. de 7 de enero de 1958 – considerando primero –, que extiende la nulidad contemplada en la primera parte del art. 1115 a la condición meramente potestativa que depende de la voluntad de una de las partes.

⁴² Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, cit., tomo I, volumen segundo, p. 295; Álvarez Vigaray, R.: *Comentario del Código Civil*, cit., tomo II, 2ª edición, p. 79.

⁴³ S. T. S. de 2 de junio de 1993 – fundamento de derecho segundo –.

⁴⁴ *Instituciones ...*, cit., tomo I, 2ª edición, p. 554.

puede estar sometido a parámetros diferentes a los que rigieron en la compraventa-básica – por ejemplo, la fijación de un precio de recuperación distinto al de aquel contrato –, lo cual – a su entender – demuestra que los efectos de la redención no se limitan a destruir los de la venta, sino que crean a favor del retraído unos derechos y obligaciones que sólo cabe que procedan de una venta nueva y disímil – deber de entrega, evicción, pago de un nuevo precio –.

El ejercicio del retracto convencional precisa que su titular, a su indisputable decisión de rescate acompañe el cumplimiento de las cargas anejas a dicho uso: los desembolsos detallados en el artículo 1518, y “lo demás que se hubiese pactado”, según agrega el 1507. Como en su momento se estudiará⁴⁵, el reintegro o devolución del precio de la compraventa-básica encierra una prescripción imperativa, de forma que el precio de la redención podrá ser mayor pero nunca inferior al del contrato-cimiento. Y cuando se fije para el rescate uno superior – bien directamente, bien como resultado de la inserción de cláusulas de estabilización o del convenio de abono de intereses, según ha confirmado la jurisprudencia⁴⁶ –, *prima facie* es válido, si bien puede encajar en el molde diseñado por el artículo 9º de la Ley de Azcárate, en tanto que operación sustancialmente equivalente al préstamo, por ser susceptible de entrañar carácter usurario y, en consecuencia, incurrir en nulidad.

Se censura, asimismo, la conformación resolutoria de la cláusula rescatadora en cuanto a la retroactividad de sus efectos. Se viene a señalar que el advenimiento o cumplimiento de una auténtica condición tal desencadena la resolución con efectos retroactivos del contrato-básico, y esa retroactividad no se aprecia aquí, porque no se devuelven los frutos percibidos por el comprador durante el período que abarca desde la venta hasta la retroventa, ni se resuelven ciertos arriendos, según disponen los artículos 1519 y 1520 C. C.⁴⁷

⁴⁵ Vid. *infra* los epígrafes 8.3.1.2 y 8.3.1.3.

⁴⁶ Vid. *supra* el epígrafe 2.4.1, dedicado a la venta a retro en garantía.

⁴⁷ Sapena Tomás, J.: *Actualidad* ..., cit., p. 139; O’Callaghan Muñoz, X: *Compendio* ..., cit., tomo II, volumen 2º, p. 59; De Cossío y Corral, A.: *Instituciones* ..., cit., tomo I, 2ª edición, p. p. 554 y 555.

Antes de nada, cabe redargüir respecto a ello que, en sede de teoría general – no ya en la cláusula rescatadora, sino en cualquier condición resolutoria –, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones, los frutos se entenderán compensados con los intereses referentes a la fase de pendencia – artículo 1120, 1, segundo inciso C. C. –, del cual el artículo 1519 del propio texto, en concreto, se hace eco por omisión, pues si hubo frutos manifiestos o nacidos al tiempo de la venta y no en el instante del rescate, se compensan aquéllos con los intereses del precio. Si hubo dichos frutos al celebrarse la venta y también al retraerse, se consideran compensados unos con otros. Y, por último, si no los hubo entonces, pero sí en la fase de redención, el Código recurre a un criterio de proporcionalidad temporal, con lo que el legislador intenta evitar cálculos enojosos y opta por la simplicidad en su solución⁴⁸. Establece, por lo tanto, una corrección lógica al alcance o efectos resolutorios.

En relación con el artículo 1520 C. C., referente al respeto o conservación de los arrendamientos suscritos de buena fe por el comprador *pendente condicione*, su tenor les sirve a los autores citados para postular que la resolución no obra con alcance *ex tunc*.

La regulación que el Código Civil consagra al retracto convencional se cimenta en el detallismo y la respuesta casuística a los problemas que se presentaban más frecuentemente, en la práctica, en el momento de promulgarse su texto, remedios que se inspiraban en el análisis de los intereses en presencia, y en la elección por el legislador del más digno de protección, que era la solución más acorde con los postulados que perseguía en su conjunto la ley, sin desistir de catalogar a la cláusula rescatadora como condición resolutoria. Así, por ejemplo, el artículo 1513, que intenta evitar el retorno a un estado de copropiedad, o este 1520, que con el mantenimiento de los arriendos de buena fe pretende favorecer el correcto y cabal aprovechamiento de las fincas. El comprador a retro difícilmente encontraría a un potencial arrendatario si éste no gozase de la certeza que le proporciona el precepto, relativa a la conservación de la vigencia del contrato, de manera que

⁴⁸ Vid. *infra* el epígrafe 9.1.2.

pudiera desarrollar el cultivo del fundo conforme al ritmo y programa preconcebido, sin necesidad de esquilmarlo ante el temor de que el eventual rescate resolviera por derivación o en cascada el arrendamiento⁴⁹.

3.2.2. La tesis defensora de un segundo contrato en fermento:

Junto a la teoría patrocinada, que configura al retracto convencional como condición resolutoria, coexiste otra que lo concibe de modo diverso, y descubre en la adición a la venta-básica del pacto redentor la introducción del germen de un segundo contrato, que confiere al primitivo vendedor, a través de la oportuna reserva, la facultad de volver a comprar la cosa, y que ha encontrado especial acomodo en Alemania, donde la doctrina mayoritaria cataloga a la operación como retroventa sometida a condición suspensiva⁵⁰.

El B. G. B. tilda a la relación que provoca el uso del poder rescatador, sin ambages, de nueva compraventa o recompra – emplea el vocablo *Wiederkauf* -, y a los sujetos intervinientes los designa con las palabras retrocomprador y retrovendedor – *Wiederkäufer* y *Wiederverkäufer* -. El acuerdo *inter partes* motiva que el bien sea retrovendido al vendedor cuando éste emita su declaración unilateral y recepticia en tal sentido, y libre de forma⁵¹, puesto que no es una declaración de contrato, sino que posee el carácter de cumplimiento de una condición; en cambio, sí requiere una forma específica la reserva del derecho de retracto, porque moldea una compraventa condicional, y necesita la correspondiente a ese contrato, que es, cuando alude a fincas, un instrumento judicial o notarial⁵².

La referida idea del derecho de rescate provoca, al ejercitarse éste, la eficacia de un segundo contrato de sentido inverso a la compraventa-básica, con los mismos sujetos y objeto – el precio es generalmente el mismo

⁴⁹ Vid. *infra*, respectivamente, los epígrafes 7.2 y 9.2.

⁵⁰ Vid., por todos, Enneccerus, L.: *Derecho de obligaciones*, 15ª edición revisada por H. Lehmann, traducción española con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer, tercera edición por J. Ferrandis Vilella, volumen segundo, primera parte, Barcelona, 1966, p.p. 157 y 158.

⁵¹ § 497, 1, 2º inciso B. G. B.

⁵² Vid. Enneccerus, L.: *Derecho de Obligaciones*, cit., trad. esp., 3ª edición, volumen segundo, primera parte, p. 158.

también -, pero con las posiciones negociales permutadas. Esta concepción ha tenido reflejo en la doctrina española desde antaño, y ha experimentado una revitalización en los últimos tiempos, a partir de la consideración del *ius redemptionis* como un derecho de opción⁵³, cuyo ejercicio culmina una promesa de reventa previa, y constituye la celebración de una nueva transmisión.

Ya Del Moral y de Luna⁵⁴ preconizaba que el derecho de rescate convencional tenía más de derecho de opción que de derecho de retracto, y para ello partía de la identificación práctica entre el pacto de retro y el compromiso de volver a vender⁵⁵. Se aprestaba a sostener que, si el pacto de retro comportaba para el vendedor un derecho de opción, no se acertaba a comprender por qué en una compraventa no se podía proporcionar a un tercero ese derecho de opción, para acabar afirmando⁵⁶ que tanto daba decir del retracto convencional que era una opción a favor del vendedor, como opinar de la opción típica que era un retracto convencional a favor de un tercero: en su particular concepción de la cuestión se reducía todo a una mera cuestión de palabras.

Es cierto que una vez que se ejercita el poder redentor, así como cuando cristaliza el compromiso de volver a vender en un segundo contrato – perfecto y consumado -, en ambos casos ha existido una venta y un derecho a recuperar devolviendo el precio, y los efectos prácticos últimos coinciden. El primitivo u originario vendedor deviene nuevamente dueño del bien, ya porque recobre su propiedad por el retracto, ya porque consiga otra vez el dominio de la cosa merced a una segunda compraventa. Ahora bien, las veredas jurídicas que le convierten en *dominus* son diferentes según proceda esa situación del pacto de retracto convencional o del compromiso o promesa de reventa

⁵³ Catalogan al derecho de retracto convencional como un derecho de opción, entre otros, = Saldaña, J.: *La opción y el Registro de la Propiedad*, en R. C. D. I., Madrid, 1928, IV, p. 751; Ossorio y Gallardo, A.: *El contrato de opción*, 2ª edición, Madrid, 1935, p. p. 33, 95 y 96; Talavera Fernández, P.: voz “opción”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVIII, Barcelona, 1986, p. 448; Torres Lana, J. A.: *Contrato y derecho de opción*, 2ª edición, Madrid, septiembre de 1987, p. 5; García Cantero, G.: *¿Eterno retorno de los derechos de adquisición preferentes?*, en *Revista Jurídica Sepin*, núm. 137, mayo de 1994, p. 6; Rubio Torrano, E.: *La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro*, en R. J. N., Pamplona, julio – diciembre de 1996, nº 2, p. 18; Ragel Sánchez, L. F.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, p. 425.

⁵⁴ *Los derechos* cit., p. 332.

⁵⁵ *Los derechos* cit., p. 360.

⁵⁶ *Los derechos* cit., p. 360.

– opción –.

3.2.2.1. El retracto convencional se distingue del compromiso de volver a vender:

Existen, en verdad, notables y manifiestas desemejanzas entre el pacto de retracto convencional y el compromiso o promesa unilateral de volver a vender.

Primeramente, la cláusula rescatadora encarna – conforme apunta Hernández Gil⁵⁷ –, dentro de nuestro ordenamiento, una figura o modalidad típica, mientras que el compromiso de volver a vender no encierra un tipo contractual y puede concertarse con libertad al cobijo de las normas generales.

En segundo lugar, otra nota distintiva – el único criterio de diferenciación práctica entre ambas figuras a juicio de Sapena⁵⁸ – se cimenta en que la vinculación temporal entre el contrato-básico y el pacto redentor se traduce en un lazo de contemporaneidad funcional o unidad de acto, respaldado por la letra del artículo 1507 C. C., la ley 576 de la Compilación de Navarra y el artículo 326, 1 de la Catalana, que hablan de que el vendedor se “reserva” el derecho a recuperar, y la reserva sólo es factible cuando aún no se ha desprendido del dominio⁵⁹. Por el contrario, esa relación no es imprescindible en la promesa de reventa, que puede ser coetánea – pero independiente – de la escritura de venta primitiva⁶⁰, en la que el vendedor se atribuye por vía de reserva un derecho de opción de recompra del bien, pero que también puede ser posterior incluso a la consumación de dicha compraventa: por ejemplo, si el derecho a recuperar lo concede el comprador al vendedor luego de haber recibido aquél el dominio del bien mediante la tradición.

⁵⁷ *El retracto convencional y el compromiso de volver a vender*, en Obras completas, tomo IV, Madrid, 1989, p. 433.

⁵⁸ *Actualidad* ..., cit., p. p. 134 y 135.

⁵⁹ S. T. S. de 6 de marzo de 1947 – considerando tercero –.

⁶⁰ S. T. S. de 23 de mayo de 1944 – considerando tercero –.

La referida simultaneidad funcional entre la compraventa-básica y la cláusula retractual no exige, sin embargo, que el contrato y el pacto se documenten en el mismo acto: el nudo de la cuestión lo representa la unidad temporal, y no la documental. En punto a ello, las Ss. T. S. de 10 de julio de 1930 – considerando primero –, y 4 de junio de 1982 – considerando sexto –, contemplan sendos supuestos en que la venta se refleja en escritura pública y, en la misma fecha, se pacta en documento privado la inclusión del pacto redentor. La R. D. G. R. N. de 14 de diciembre de 1949⁶¹ insiste en que la circunstancia de que la cláusula de retroventa se documente aparte de la escritura de compraventa no empece a que la operación globalmente considerada se catalogue como venta a retro, criterio que reafirma el considerando sexto de la S. T. S. de 28 de junio de 1961, relativa a un caso en que la enajenación se había verificado en un proceso de ejecución, paralelamente al cual el deudor ejecutado había suscrito con el adquirente un derecho real a recuperar, que el Alto Tribunal considera que ostentaba el carácter de pacto de retroventa.

La mentada S. T. S. de 6 de marzo de 1947 recoge, por su parte, en el considerando segundo, el supuesto de una compraventa a la que dos días más tarde se le había adicionado un pacto de promesa de reventa.

En tercer lugar, el derecho de retracto convencional es de carácter real – artículo 1510 C. C. –, mientras que el derecho que se le atribuye al originario vendedor en la promesa de (re)venta posee naturaleza obligacional⁶², de manera que si el primitivo comprador transmite el bien a un tercero que no sea de mala fe, sólo es obtenible la pertinente indemnización. La R. D. G. R. N. de 5 de noviembre de 1919 – considerando segundo – declara, en ese sentido, que la retroventa equivale a una condición resolutoria de la adquisición, y la promesa de reventa a favor del vendedor sólo tiene efectos personales.

En cuarto término, la limitación temporal prevista para el retracto convencional en el artículo 1508 C. C. no juega, salvo que los contratantes se hayan querido acoger a ella de forma expresa, en la promesa de reventa.

⁶¹ - resultandos primero y segundo -.

⁶² *Vid.* la S. T. S. de 23 de mayo de 1944 – considerando tercero -.

Uniendo este criterio con el anterior, hay que reseñar que el problema surgirá en la práctica cuando no resulte evidente del contrato si las partes han deseado procrear un derecho de naturaleza personal o real. Como datos sintomáticos o vislumbres, cabe suministrar estos: el señalamiento de un término para el derecho de recuperación inferior al máximo tolerado *ex lege*, moverá a presumir que nos hallamos ante un pacto de rescate convencional; la constancia expresa de que la acción no tiene plazo, llevará a entender que el comprador ha dispensado no más que una promesa unilateral de venta, dado que ésta no se encuentra, con carácter necesario, subordinada a la fijación de un período temporal; otro tanto debe colegirse si el plazo fuera superior al consentido por la ley para el *ius redemptionis*. De no haberse estipulado nada, ni acerca de la naturaleza de la acción, ni sobre su índole temporal o perenne, le incumbirá al órgano jurisdiccional solventar la cuestión, con franca sumisión a lo que por las consecuencias se demuestre más justo.

La S. T. S. de 14 de diciembre de 1965 maneja como *ratio decidendi* del recurso de casación la cuestión de si el pacto de recobrar, simultáneo aunque documentado al margen de la escritura de venta, posee la naturaleza de pacto de rescate o, por el contrario, de compromiso unilateral de volver a vender. El convenio de retransmisión a que el comprador se acomoda recibe la designación expresa de retroventa. Empero, el Alto Tribunal, de acuerdo con los pronunciamientos de las dos instancias previas, con prescindencia de las literales palabras utilizadas, concluye que lo convenido fue en verdad un compromiso de volver a vender, y apoya su decisión en motivaciones de estricta justicia: los vendedores habían acudido, empujados por la situación angustiosa que atravesaban, al comprador, quien, prevaliéndose de su posición de fuerza, les impuso un precio de retroventa muy superior al de la venta-básica⁶³. De inferirse que el convenio constituía una promesa unilateral de reventa, libre de las contingencias que impone la caducidad, aún era posible, según arguye la Sentencia, devolver el precio y recobrar la cosa; y a semejante solución no se podía arribar si se tildaba a la convención de cláusula de retroventa, toda vez que había transcurrido con mucho el período

⁶³ - fundamento de derecho primero -.

del cuatrienio que, como término legal subsidiario, fija el artículo 1508 C. C.⁶⁴. De todos modos, más atinado desde la óptica jurídica hubiera sido la alegación por los vendedores, en la correspondiente demanda, del corte usurario del negocio celebrado.

En quinto lugar, el precio de recompra no se rige, a diferencia de lo que ocurre en el pacto rescatador, por lo estatuido en el artículo 1518 C. C., por lo que puede señalarse para el segundo contrato uno inferior o superior al de la venta-básica.

En sexta posición, el vendedor originario – o causahabiente – que ejercita el derecho de retracto como es debido readquiere el dominio de la cosa automáticamente, mientras que si se utiliza el derecho de opción y se perfecciona la reventa, el optante sólo obtendrá el dominio cuando dicho segundo contrato se consume.

3.2.2.2. Retracto convencional *versus* opción:

Caracterizar al derecho de rescate convencional como una opción a favor del vendedor – del mismo modo que se postula que la opción típica es un retracto convencional a favor de un tercero – no se manifiesta acertado desde el punto de vista jurídico.

El titular retractual, cuando sopesa la conveniencia para sus intereses económicos de promover o no su actuación, metajurídicamente está optando, es decir, se encuentra ante un dilema y elige libremente entre dos posibilidades⁶⁵ que llevan aparejadas consecuencias legales y prácticas antagónicas, mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia. En el terreno jurídico, la opción es distinta del retracto convencional, incluso cuando aquélla se constituye por vía de reserva a la par que el contrato-básico y sin que interese al *ius disponendi* del primitivo comprador, esto es, sin que para poder utilizarse tenga que decidirse éste a enajenar a un tercero.

⁶⁴ - fundamento de derecho segundo -.

⁶⁵ Creo que ése es el sentido en que debe interpretarse el considerando sexto de la S. T. S. de 4 de junio de 1982, que alude a “la opción o derecho de retroventa”.

La R. D. G. R. N. de 27 de marzo de 1947 – en su considerando segundo – distingue a partir de cuatro criterios el retracto convencional del “denominado derecho de opción”, configurado en este caso como simple compromiso o promesa de venta.

El supuesto de hecho es el siguiente: en la estipulación quinta de la escritura de venta de un inmueble, por doña María R. M. a don José B. V., se conviene que <<en el caso de que doña María R. M. (la vendedora), o sus herederos, tuviesen que vender la casa número uno de la calle M. S., y el comprador o compradores de la misma les exigieren la adquisición de la casa-almacén que se transmite en esta escritura al señor B. (comprador), viene obligado dicho señor y, en su caso, sus herederos a ceder a la señora R. M. o a los suyos la expresada casa-almacén con un aumento en el precio en venta que figura en la presente escritura que no excederá del 160 por 100, libre de todos gastos para el señor B., en concepto de indemnización, daños y perjuicios>>.

La primera razón o “circunstancia” diferenciadora que suministra el Centro Directivo es “que la transmisión del dominio de la finca vendida se verificó total y definitivamente sin ninguna reserva ni limitación, según se hace constar en la propia escritura”. No se produjo una enajenación sometida a condición resolutoria, en la que el dominio – como ocurre en el pacto de retracto convencional – que se transfiriese al comprador fuera pleno pero resoluble. La nueva adquisición del bien obedecerá a la consumación de un segundo contrato con sus características propias.

El segundo motivo aducido por la Dirección se asienta en que “la obligación contenida en la estipulación de referencia crea sólo un vínculo obligacional entre los contratantes y sus herederos, como aparece de su tenor literal <<viene obligado el señor B., y en su caso sus herederos, a ceder a la señora R. M. o a los suyos>>”. Ahora bien, debe precisarse que la índole obligacional del vínculo *inter partes* disciplina a este concreto derecho de opción, mas no identifica a todos los de su clase, pues es – conforme señala la propia Dirección en su cuarta y última “circunstancia” – posible la

configuración de una opción convencional de naturaleza real, a resultas del sistema de *numerus apertus* que rige para ellos en nuestro sistema jurídico. Abundando en ello, semejante posibilidad sirve de apoyo a algún autor⁶⁶ para asimilar la opción real al retracto convencional, como si el simple alcance obligacional o real pudiera convertir a una figura en otra distinta, e hiciera a la opción abandonar su privativa condición.

El tercer argumento se traduce por el órgano registral en que “existe una absoluta indeterminación en cuanto al plazo para el ejercicio del derecho concedido a la vendedora”. El derecho de retracto convencional aparece sujeto al constreñimiento temporal registrado en el artículo 1508 C. C., de cuatro o diez años, el cual no afecta a la opción de compra.

La S. T. S. de 24 de octubre de 1990 también diferencia el derecho de opción del de retracto convencional. Parte de un contrato de opción suscrito en documento privado, que confiere a su titular un derecho personal de preferente adquisición de una finca determinada en el caso de que su dueño se anime a enajenarla, y por el precio y condiciones en que pudiese adquirirla cualquier persona – fundamento de derecho primero –.

En su fundamento de derecho cuarto previene que “no puede aplicarse al derecho de opción la doctrina científica o jurisprudencial desarrollada sobre el derecho de retracto (convencional)”.

Singulariza al derecho de opción – dentro del mismo fundamento jurídico – como “de naturaleza jurídica personal (...) (que) origina un contrato unilateral⁶⁷, pues sólo crea para el concedente la obligación de mantener su oferta y para el optante el derecho de aceptarla⁶⁸ o dejarla caducar⁶⁹. Pero en su fase evolutiva posterior, realizada la opción positiva en el plazo señalado, se torna en bilateral, puesto que el optante asume ya las obligaciones derivadas de la oferta (pago del precio, recepción de la cosa, etc.). Es por último, un contrato consensual, creador a favor del optante de un mero derecho obligacional. Características que, junto a otras e incluso por sí solas,

⁶⁶ Rodríguez – Rosado, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona, 1998, p. 170.

⁶⁷ Vid. la S. T. S. de 18 de enero de 1947 – considerando segundo –.

⁶⁸ Vid. la S. T. S. de 8 de octubre de 1997 – fundamento de derecho quinto –.

⁶⁹ Vid. la S. T. S. de 16 de octubre de 1997 – fundamento de derecho primero –.

son suficientes para no confundir la opción contractual con el derecho real de retracto en cualquiera de sus variedades”.

García Amigo justifica la identificación entre el derecho de retracto convencional y el de opción de origen negocial. Argumenta para ello que la voluntad del actual propietario – comprador o tercero – para nada cuenta en orden al ejercicio del derecho real de adquisición que se reserva el vendedor, nota que - afirma⁷⁰ - es típica de la opción y no del retracto, por lo que asevera⁷¹ que el *ius redemptionis* representa simplemente un caso particular del derecho real de opción, de creación convencional.

En efecto, tal voluntad futura del propietario de la cosa no interviene cuando el derecho de opción autoriza sin más a hacernos transmitir el bien – sin necesidad de que el *dominus* proyecte la enajenación a un tercero -, pero sí que se toma en consideración cuando la opción convencional o voluntaria se construye de tal manera que el optante sólo pueda exigir que el propietario de la cosa se la transmita si y sólo si éste decide enajenarla.

Por otra parte, el rescate convencional, el verdadero retracto jurídica y etimológicamente, aparece caracterizado porque su ejercicio – y la eficacia resolutoria que comporta – se confía a la libre voluntad del titular, y el comprador – o ulterior propietario del bien – ocupa una posición pasiva, de mera sujeción al arbitrio del retrayente, sin que le quepa oponerse a la redención si ella se intenta en tiempo y forma apropiados.

Otro criterio en que se apoya García Amigo para acreditar la identificación entre el retracto convencional y la opción es el temporal, a partir de la coincidencia en el señalamiento del cuatrienio en dos preceptos⁷²: el artículo 1508 C. C., que lo fija como término supletorio para el rescate – a falta de pronunciamiento a este respecto de las partes -, y el artículo 14 R. H., que desgrana las notas especiales indispensables para la inscripción del contrato de opción de compra o del pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, entre las que se encuentra la 3ª, referente al

⁷⁰ García Amigo, M.: *Derechos reales* ..., cit., p. 106.

⁷¹ *Derechos reales* ..., cit., p. p. 106, 121 y 122.

⁷² *Derechos reales* ..., cit., p. 122.

plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

Debe tenerse en consideración, en relación con ello, que la Ley 461, 1 de la Compilación Navarra dispone que: "El derecho real de opción"⁷³ puede constituirse por un tiempo determinado no superior a diez años. Para su inscripción en el Registro de la Propiedad el plazo máximo será de cuatro años, tácitamente prorrogable por otro período igual ". Por lo tanto, su entrada en el Registro, cuando dure más del cuatrienio, no cabe que se realice por mediación del artículo 14 R. H., que restringe el plazo a esos cuatro años.

Es el recién citado argumento de equiparación un tanto feble, porque se basa en una accidental coincidencia de referencias temporales, que no refleja una identificación absoluta, pues para el retracto convencional se fija exactamente esa duración supletoria del cuatrienio, y en el derecho de opción se veta la inscripción si su extensión temporal supera los cuatro años, pero puede inscribirse una opción de duración inferior.

Considero, por lo demás, que los derechos de opción que acceden al Registro merced a lo establecido en el artículo 14 R. H., disfrutan de carácter personal, ya que las opciones reales, observen o no los requisitos del precepto mentado, tendrán expedita la entrada registral en virtud de los artículos 1,1 y 2,2 L. H.⁷⁴. Sea como fuere, las opciones inscritas poseen efectos frente a terceros, al margen de su naturaleza jurídica y del mecanismo empleado para lograr su inscripción.

Criterio similar al inmediatamente anterior utiliza Talma Charles⁷⁵, que funda la proximidad entre ambas figuras en la redacción del artículo 13,1º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, al estatuir ésta idénticos resultados cuando sobreviene la colisión entre un pacto de retracto convencional, o bien una opción de compra, con un derecho personal de arrendamiento posterior a cualquiera de aquellos negocios. Dispone la norma que "si durante los cinco primeros años de duración del contrato (de arrendamiento) el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de

⁷³ La Ley 460, 1 de la misma Compilación reseña que tendrá carácter real cuando así se establezca; en caso de constituirse con carácter personal se regirá por las normas de las promesas.

⁷⁴ En ese sentido, Ysas Solanes, M^a.: *El derecho de opción*, en A. D. C., tomo XLII, fascículo IV, octubre-diciembre 1989, p. 1235.

⁷⁵ *El contrato de opción*, Barcelona, 1996, p. 95.

un retracto convencional, (...) o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1°.

Pero esa identificación en el tratamiento normativo se produce, asimismo, en el propio texto del precepto, con la situación producida por la apertura de una sustitución fideicomisaria, o con la procedente de una enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. Además, si la antedicha equiparación se lleva a sus últimas consecuencias, no se comprende por qué en el artículo 25, 4 L. A. U., destinado a jerarquizar, en un supuesto de conflicto, los diversos derechos de adquisición preferente intervinientes, y colocar por delante del derecho de tanteo o retracto del arrendatario urbano únicamente el retracto legal reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento, no se incluye también junto al *ius redemptionis* el derecho de opción – susceptible de inscripción: el real, sin mayores precisiones, y el obligatorio, si cumple las exigencias del artículo 14 R. H. –.

Dando un paso más en la línea argumentativa precedente, Lalaguna Domínguez⁷⁶ patrocina que el retracto convencional no se traduce sino en un contrato mixto de compraventa y de promesa de venta entre los mismos sujetos. Se observa – considera el jurista⁷⁷ – una conexión causal y funcional, tipificada por el ordenamiento⁷⁸, entre dos relaciones jurídicas que generalmente tienen idéntico objeto⁷⁹, pero cuyas posiciones aparecen intercambiadas.

“La suerte incierta del negocio durante la fase de pendencia – prosigue su razonamiento⁸⁰ – no se plantea simplemente como una alternativa entre eficacia o ineficacia de una relación jurídica negocial, sino, más precisamente,

⁷⁶ Estudios ..., cit., segunda edición, p. 182.

⁷⁷ Estudios ..., cit., p. 204.

⁷⁸ *Idem*, p. 206.

⁷⁹ *Idem*, p. 204, nota 43.

⁸⁰ *Idem*, p. 208.

como una rivalidad de efectos entre dos relaciones jurídicas negociales, de modo que en todo caso será eficaz una de ellas y, correlativamente, la otra será ineficaz. La incertidumbre de esta situación jurídica negocial se despeja por la acción de la voluntad del vendedor retrayente, cuya decisión tiene siempre doble significado y efecto ". Y semejante dicotomía se descompone así: " a) el ejercicio del derecho de retracto, si bien, de un lado, deja sin efecto la venta realizada, supone, de otro lado, la eficacia de la venta prometida por el adquirente al retrayente; b) si el vendedor no hace uso de su derecho de retraer, la compraventa realizada se consolida, pero la venta prometida, a la que estaba vinculado el adquirente, no se llega a realizar⁸¹ ".

El autor puntualiza que es dable conseguir la misma función negocial del rescate, a través de un modo técnicamente más sencillo, bien que menos directo, mediante el recurso a dos contratos independientes: uno de simple compraventa, y otro, en sentido inverso al anterior, de promesa de venta. La elección de esta segunda vía conllevaría que la situación de incertidumbre afectara sólo a la promesa de venta, mientras que la utilización del pacto de retracto motiva que las dos relaciones jurídicas mencionadas se abandonan, "enlazadas en enfrentada suerte, a una común situación jurídica de eficacia incierta⁸² ".

A esta imaginativa construcción ideada por Lalaguna Domínguez se le pueden oponer los contraargumentos expuestos con anterioridad, al tiempo que se desechaba la caracterización del pacto rescatador como generador de un simple derecho de opción de compra en beneficio del vendedor. No es menester, se vincule o no éste causal y funcionalmente a la compraventa- básica, acudir a un segundo contrato de compraventa, pues el influjo jurídico que la cláusula de redención proyecta sobre el negocio-cimiento se explica de forma satisfactoria a través de la figura de la condición resolutoria simplemente potestativa.

⁸¹ *Idem*, p. 208.

⁸² *Idem*, p. 209.

CAPÍTULO IV:

LA VIGENCIA TEMPORAL DEL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL:

4.1. Análisis del devenir histórico sobre este punto. Estudio de la situación española, doctrinal y jurisprudencial, previa a la promulgación del C. C.:

El Código Civil español caracteriza al *ius redemptionis* como un derecho esencialmente temporal, para el que disciplina, tanto si existe pronunciamiento expreso de las partes sobre este punto cuanto si éstas guardan silencio al respecto, una duración máxima de diez años. Tal acotación temporal consustancial a la institución – el segundo de sus elementos inorillables tras la indispensable consignación expresa del propio derecho rescatador¹ –, es decir, el establecimiento positivo de un plazo perentorio para su ejercicio, cierra un dilatado proceso histórico que ha supuesto uno de los extremos más discutidos de la figura en estudio.

En el Derecho Romano, tal y como se desprende de lo reseñado en el *Código de Justiniano* (4, 54, 2), en el que puede leerse la referencia: “*Quandocumque, vel intra certa tempora*”, no se imponía a los interesados términos especiales para el empleo del derecho, por cuanto cabía estipularlo por tiempo indefinido.

Ahora bien, de ordinario, la utilización del derecho de retroventa aparecía sometida a una restricción temporal prefijada por las partes: se convenía un período determinado para su ejercicio; sólo excepcionalmente, de no haberse señalado su duración, el vendedor quedaba facultado para, en cualquier momento, servirse de él, sin otra cortapisa que la incidencia de la prescripción cuando procediera. Y, habida cuenta de que, en Derecho Romano, la facultad

¹ R. D. G. R. N. de 27 de marzo de 1947 – considerando segundo –, y Ss. T. S. de 20 de enero de 1865 – considerando segundo –, 23 de marzo de 1957 – considerando primero – y 3 de marzo de 1995 – fundamento de derecho tercero –.

redentora se manifestaba como un mero derecho de crédito o personal, protegido merced al concurso de acciones de idéntica índole, tales como la *venditi* o la *praescriptis verbis*, no surgían dudas sobre el sistema de prescripción que había de aplicársele, el cual no podía ser otro que el de la simple falta de uso durante el *longissimum tempus* de treinta años, término fijado por Teodosio II en una Constitución que forma parte del *Código de Justiniano*².

En el Derecho Intermedio³, las alusiones temporales presentaban dos variantes: unas veces reducían la posibilidad de ejercicio del derecho recuperador a un plazo dado con el señalamiento de un *dies ad quem*; otras, paralizaban su utilización hasta cierta fecha. La única incertidumbre, pues, surgía cuando no se había fijado una barrera temporal máxima. ¿Qué solución se adoptaba entonces?

La tesis de la imprescriptibilidad de la acción rescatadora, que contemplaba la desaparición del límite temporal como una eficaz y vigorosa manera de combatir las actitudes usurarias, tomó inspiración en la regla "*in facultativis non currit praescriptio*", postura que – como expone García Cantero⁴ – gozó de cierta nombradía en algunas regiones de Francia e Italia, y permitió la pervivencia a título indefinido del retracto convencional.

Sin embargo, pronto se ideó una medida correctora conveniente frente a semejante planteamiento, peligroso y virulento escollo contra la ansiada seguridad jurídica, y así la jurisprudencia francesa introdujo los denominados "juicios de caducidad", a través de los que el comprador podía obtener, frente al vendedor o sus herederos, una sentencia que les declaraba decaídos de sus derechos si éstos no eran ejercitados durante cierto tiempo⁵.

La otra opinión, partidaria de la prescriptibilidad de la acción, venció tanto en el terreno normativo (es menester, al efecto, citar dos Costumbres francesas: en concreto, el artículo 108 de la de París y el artículo 269 de la de Orléans⁶), cuanto en el doctrinal. Propugnaba esta corriente la acentuación de

² (7, 39, 3 pr.)

³ *Vid.*, al efecto, Rubio Torrano, E.: *El pacto ...*, cit., p. 50 y 51.

⁴ *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 563.

⁵ Brunetti, A.: *Del riscatto convenzionale nella compra-vendita*, Torino, 1902, p. 35.

⁶ El texto de ambos artículos reza así: "La faculté donnée par contrat de racheter héritages, ou rente de bail

la seguridad del tráfico, así como el ferviente deseo de favorecer la libre circulación de los bienes. Y, admitida la pertinencia de la prescripción, el plazo que acabó por imponerse fue el de treinta años⁷, al equiparar el poder rescatador a cualquier otro derecho nacido de un contrato.

En España, antes de la promulgación del Código Civil, la cuestión resultó también controvertida en el sector científico y en el jurisprudencial que, con notable frecuencia, se mostró vacilante.

La situación es sintetizable en los siguientes supuestos:

1. Si se acordó la existencia del pacto de retracto convencional mas no se estipuló plazo alguno, se recurría a la doctrina general sobre la prescripción de la acción, como bien indica la R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889 – considerando cuarto -, y la S. T. S. de 24 de junio de 1911 – considerando segundo -. Y, dado que cada acción, a la luz de su particular naturaleza – ora real, ora personal, ora mixta - disfrutaba de un plazo prescriptivo propio, era necesario con carácter previo perfilar la naturaleza jurídica de dicha acción redentora. En suma, el problema se reducía a la calificación jurídica de la acción, de suerte que la aplicación de uno u otro período de prescripción constituía una operación secundaria y automática.

a) Si se sostenía el carácter personal de la acción rescatadora, entonces, a través del juego de la Ley 63 de Toro (o, lo que es lo mismo, la Ley 5ª, libro 11, título VIII de la Novísima Recopilación⁸), se llegaba a la conclusión de que había de manejarse el plazo de veinte años, fijados por dicha ley para las acciones de semejante tinte, posición defendida, además de por el artículo 632⁹ del Proyecto de Gorosabel, por un número considerable de autores,

d'heritages à toujours, se prescrit par trente ans. ” = extraído de *Oeuvres de Pothier* annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, cit., deuxième édition, tome troisième, n° 391, p. 162.

⁷ De Luca, A.: *Theatrum*, Libro VII, Pars II, Disc. XLVI, n. 1 y 2, Venetiis, MDCCXXXIV, p. 192: “... quod pactum de retrovendo, seu ius redimendi praescribitur per annos triginta...”

⁸ Prescribe la Ley V, libro XI, título VIII de la Novísima Recopilación: “ El derecho de executar por obligación personal se prescriba por diez años, y la acción personal, y la executoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no ménos; pero donde en la obligación hay hipoteca, ó donde la obligación mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no ménos; lo qual se guarde sin embargo de la ley del Rey don Alonso nuestro progenitor, que puso, que la acción personal se prescribiese por diez años. (ley 6. tit. 25. lib. 4. R.) . ”

⁹ Artículo 632: “ Pueden fijar al efecto (las partes del pacto de retroventa) el término que quieran, si bien pasados veinte años desde la celebración del contrato caduca el derecho del vendedor, según se explica en el artículo 1230. ”

Aplica esos veinte años, puesto que, según el artículo 639 del mismo texto: “ La acción del vendedor para la retroventa es personal, y sólo puede dirigirla contra su comprador. ”

amén de por un nutrido cuerpo jurisprudencial.

En Febrero¹⁰, tras constatarse que: "... hay variedad de opiniones en cuanto al término que se ha de prefinir para la restitución de la alhaja vendida con dicho pacto (...)", y aludir a la imprescriptibilidad, a la Ley 63 de Toro con la mención a las dos décadas, y a la ley 42, título 5º de la Partida Quinta, que omite el establecimiento de un máximo temporal, se considera que: "si se observase el precepto de esta (última) Ley, nadie querría comprar temeroso de que no estaba seguro, y de que en cualquier tiempo se le podría quitar la alhaja, con lo que se impedía la sociedad, y comercio; para evitar este perjuicio a los interesados, aconseje el Escribano a los contrayentes que prefinan el término de los veinte años a lo más..."

Sala¹¹, por su parte, extrae igual conclusión, pero recalca sobre manera la índole personal de la acción rescatadora, y estatuye, en todo caso, como insuperable la acotación máxima de las dos décadas. Razona así: "Cuando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado a hacerla pasado el tiempo, si se atiende al tenor de dicha ley 42 de las Partidas; pero sin embargo es práctica de los tribunales concederse el de 20 años, término de las acciones personales, como veremos, sino es que haya interpelación de parte del comprador, en cuyo caso se observa la coartación puesta en el pacto, y si el vendedor no escoge el medio de la redención, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa".

Gómez de la Serna y Montalbán, con idéntico razonamiento, certifica que si se ha constituido nuestra cláusula retractual "sin limitación de tiempo (...), parece que la acción para deshacer la venta debe durar por espacio de veinte años, término de las acciones personales según la ley 63 de Toro:..."¹².

Desde la órbita jurisprudencial, un rimero de decisiones se manifiesta, asimismo, proclive a la aplicación a la acción surgida del pacto recuperador del consabido plazo de veinte años.

El artículo 1230 dispone: "La misma obligación personal y la sentencia que habiéndose dado sobre ella se ha ejecutoriado, se prescribe por veinte años, ..." = *Redacción del Código Civil de España*, por el Lic. D. Pablo Gorosabel, Tolosa, 1832. p. p. 142 (art. 632), 143 (art. 639) y 273 (art. 1230).

¹⁰ *Febrero. Librería de Escribanos*, parte primera, tomo 2, Madrid, 1797, p. p. 364-365.

¹¹ *Ilustración* ..., cit., tomo I, tercera edición, p. 288.

¹² Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. M.: *Elementos* ..., cit., tomo segundo, 10ª edición, p. 306.

Buen ejemplo de lo cual se descubre en la S. T. S. de 17 de marzo de 1865, que en su considerando primero arguye que: "no habiéndose prefijado por los contrayentes en la escritura (de 30 de diciembre de 1826) tiempo para la retroventa, y que la única condición estipulada fue de que ésta tendría lugar siempre que D. Sancho D. de M. (vendedor a retro) entregase a su yerno D. Fernando A. (comprador a retro) la cantidad de 35,200 reales en metálico y no en papel (precio de la venta), es necesario estar al que por regla general prescribe el derecho", y en vista de que la acción de rescate es "puramente personal" – considerando segundo -, ha de aplicarse el plazo de "veinte años conforme a lo que dispone la ley 5ª, tít. 8º, libro 11 de la Novísima Recopilación" – considerando tercero -.

O la S. T. S. de 7 de abril de 1866, que, a tenor de la redacción de la ley 42, tít. 5º, Partida 5ª, colige – en su considerando primero – que "la acción del vendedor es personal, puesto que se da a éste y sus herederos contra el comprador y los suyos, y no contra terceros", mas apartándose de lo explicitado en esta ley, conforme a la que en cualquier tiempo se permite la utilización de esta acción, "sobre este punto – argumenta en su considerando segundo – no puede ni debe estarse a lo que dispone la ley citada, sino a lo establecido en la 63 de Toro, que fijó veinte años para la prescripción de las acciones personales;..."

Igualmente la S. T. S. de 24 de febrero de 1874 que, de modo análogo a lo reflejado en los anteriores pronunciamientos, incide una vez más en el carácter personal de "la acción para que se declarase que procedía la retroventa" - considerando primero -, acción que, como reconoce el considerando cuarto, prescribe. Y, en consecuencia, ante el silencio en este punto del fallo, a fin de calcular el plazo de prescripción adjudicable a la acción retractual no cabe sino valerse del característico de las de corte personal: el de los veinte años consagrado tanto en la ley 63 de Toro cuanto en su homóloga de la Novísima Recopilación.

También la R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889, en cuyo considerando sexto es dable leer que: "si con arreglo a esta ley (la Hipotecaria de 1861,

pues el contrato de venta con pacto de retro del que conoce se celebró el 5 de junio de 1868) la acción de retroventa era personal, si los contratantes pactaron que la retroacción, en su caso, hubiera de verificarse antes de transcurrir el plazo señalado para la prescripción de acciones, y si tal plazo era el de veinte años para las personales según la legislación vigente entonces, es incuestionable que al terminarse éstos sin haberse realizado la retroventa consolidó el comprador su dominio, y tiene perfecto derecho a que así se haga constar por medio de la correspondiente nota marginal”.

O la anacrónica S. T. S. de 25 de octubre de 1924, que, bajo los auspicios de unas leyes periclitadas (la 63 de Toro y su concordante en la Novísima Recopilación), pues no en vano el Código Civil llevaba ya más de tres décadas vigente, sigue terne, en contra de la diáfana caracterización real de la acción de retracto convencional en el artículo 1510 del mismo – eliminadora de todo posible pábulo para su consideración personal –, en el contumaz mantenimiento de su naturaleza obligacional.

Dispone la letra de su considerando primero lo que sigue: “el retracto convencional inspirado en el respeto a la libertad de la contratación (...) origina acciones recíprocas de naturaleza personal que pueden ser utilizadas por quienes lo hayan estipulado y por los respectivos causahabientes,...”

b) Se defendió asimismo, coetáneamente a lo anterior, desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal, el carácter mixto o real de la acción recuperadora.

Ejemplo de lo cual aparecen las palabras de la Redacción de la Revista de Derecho Internacional que, en una escueta afirmación, y ante la ausencia de pronunciamiento privado en torno a la duración, sostiene semejante opinión. Afirma: “Por las leyes 2ª, tít. 45, libro 4º del Código, y la 42, título 5º, Part. 5ª, la duración (de la acción de rescate) sin pacto era de treinta años, y con pacto era indefinida¹³”.

Burón García da por supuesto que en la convulsa etapa que precedió a la redacción del Código – cuyo artículo 1508 destaca por lo cristalino de sus

¹³ *Texto y Comentarios al Código Civil Español con exposición de motivos ...* por la Redacción de la Revista de Derecho Internacional, con un resumen crítico por D. M. Pedregal y Cañedo, tomo II, Madrid, 1889, p. 633.

términos, que zanján a título definitivo las controversias temporales acerca de la figura —, ante el silencio de los interesados en materia de plazo, se aplicaba la prescripción de treinta años. Empero, lejos de recurrir a la ley 63 de Toro (o la ley 5, libro 11, tít. 8 N. R.), que estatúan tal plazo para las acciones de corte mixto o real, se apoya para sostener su tesis en el Derecho Romano y en las Partidas. Señala el citado autor: “este derecho (el retracto convencional) se ejercite en el tiempo de 4 años contados desde la fecha del contrato, si por pacto expreso no se hubiere convenido otro de mayor duración, el cual, aun en este caso, no puede exceder de diez años, a diferencia de lo dispuesto en las leyes romana y de Partida, según las cuales podía pactarse un tiempo indefinido cuando quier que el vendedor o sus herederos tornasen el precio, y en defecto de estipulación duraba treinta años¹⁴”.

Semejante opinión, defensora del plazo de tres décadas para la acción rescatadora ayuna de tiempo convencionalmente fijado *inter partes*, fue suscrita, igualmente, por un rosario de decisiones jurisprudenciales, que podemos clasificar en dos grupos:

.- Unas, partiendo del carácter personal de la acción, admiten su transformación en hipotecaria (o mixta) al tomar nota de ella en el Registro de la Propiedad y, a resultas de la conversión, le aplican el plazo de prescripción característico de estas últimas reseñado en la ley 63 de Toro, es decir, la treintena.

Verbigracia, la S. T. S. de 12 de diciembre de 1865 — considerando primero —, que razona: “según la ley 5ª, tít. 8º, libro 11 de la Novísima Recopilación, o sea 63 de Toro, las acciones personales, reales y mixtas prescriben por el transcurso de veinte o treinta años; y que siendo la que se deriva del pacto de retro personal, o personal e hipotecaria, y por lo tanto mixta, es claro que prescribe por no haberse ejercitado durante el último término”.

O el parecer de la S. T. S. de 12 de mayo de 1875 — considerando primero —: “el pacto de retroventa unido al contrato de la venta, como todos los

¹⁴ Burón García, G.: *Derecho Civil Español* ..., cit., t omo III, p. 842.

de su naturaleza, sólo producen acciones personales, que pudieran convertirse en mixtas si se anotaran determinadamente en los registros de la propiedad,..."

.- En otros supuestos, de los que es aleccionador exponente la S. T. S. de 17 de noviembre de 1865, el fallo no se pronuncia acerca de la índole o naturaleza de la acción recuperadora, pero al declarar que se habían consumido en exceso los 20 o 30 años legalmente previstos, de soslayo permite que la misma disfrute de un carácter mixto (o real), no sólo de uno personal.

Luego de constatar en el considerando primero que: "la prescripción consignada en la ley 5ª, tít. 8º, libro 11 de la Novísima Recopilación, 63 de Toro, alcanza a todas las acciones, tanto reales como personales o mixtas, por ser sus principios generales de alto interés público y social, aplicables a las disposiciones del Derecho civil, y su principal objeto asegurar el dominio y la propiedad, que de otro modo podrían quedar en incierto por tiempo indefinido", apostilla – en el considerando quinto – que "cualquiera que sea la acción entablada por el demandante (de rescate, mas no interesa especificar la naturaleza de la misma), fue prescrita por el transcurso, no sólo de los veinte y treinta años que señala la citada ley 63 de Toro, sino más de sesenta sin haberse ejercitado".

2. La segunda hipótesis consistía en que las partes no se contentaban sólo con convenir el pacto de retracto convencional, sino que tenían a bien precisar la duración temporal del derecho rescatador y, en consecuencia, delimitaban el plazo hábil para el ejercicio de la acción.

En tal caso, debía respetarse su autonomía de la voluntad, y ese tiempo convencionalmente estipulado, superado el cual se disipaba la posibilidad jurídica de redención del bien, reemplazaba o suplía al término general de prescripción plasmado en la ley.

3. Por último, les era dable a las partes, al amor de la ley 42, 5, 5 de las Partidas, acordar que al vendedor – con carácter inicial él mismo y, ulteriormente, si había lugar a ello, su sucesor *inter vivos* o *mortis causa* en la titularidad del derecho de recuperación – le cupiera retraer "cuando quier", a

fin de que fuera utilizado el *ius redemptionis* cuando el titular lo juzgara procedente.

Tal criterio de eventual perpetuidad lo acepta, sin ningún asomo de duda, la letra de la S. T. S. de 3 de diciembre de 1864, en su considerando primero, cuando proclama que “en el pacto de retroventa, como en todos los contratos, es lícito a los contratantes poner las condiciones posibles y honestas que crean oportunas, y entre ellas, la de establecer el término que les convenga, y al cumplimiento de esta condición se hallan obligados”, posibilidad de ejercicio *sine die* de la acción recuperadora consagrada en las Partidas (5, 5, 42), que resulta de aplicación – tal y como reconoce *a sensu contrario* su considerando segundo – no más que cuando ni tácita ni expresamente se ha fijado un término temporal para su empleo. Esto mismo lo viene a reiterar, en el considerando tercero, refiriéndose a la prescripción: “la facultad de redimir, aun cuando se la quiera calificar de derecho facultativo, es prescriptible, como todos los de pura facultad, siempre que expresa o tácitamente se haya pactado así”.

La referida tesis, en pro de la factible imprescriptibilidad del derecho (y de la acción) de redención, ha recibido también la aquiescencia doctrinal, tanto cuando se hubiera previsto de modo expreso su utilización sin limitación temporal alguna – siempre que le conviniera al retrayente -, como cuando de forma mediata, al no señalarse plazo por los interesados, se persiguiera el mismo objetivo.

Ejemplo de la expuesta corriente defensora de la posible imprescriptibilidad, ante el explícito acuerdo de las partes en ese sentido, se presenta el dictamen de Antonio Gómez, para quien “(en) el pacto de retrovendendo (...) para recobrar la cosa, el vendedor debe dar u ofrecer el precio dentro del tiempo estipulado (...), pero si entre las partes no se hubiese señalado término, expresándose que el vendedor pudiese retraer la cosa en cualquier tiempo que volviese el precio; así él como sus herederos pueden recuperarla perpetuamente por virtud de dicho pacto, en atención a que las acciones y obligaciones se pueden extender *in infinitum* por convenio de las

partes, según acontece quando el comprador pacta con el vendedor restituir la cosa en qualquiera tiempo que le desagrade¹⁵”.

Coincidente planteamiento postula Domingo de Morató: “si se hubiese prevenido que siempre y cuando el vendedor o sus sucesores quieran, puedan redimir la cosa, se habrá de observar este pacto y el derecho de redención no se extinguirá por la prescripción; doctrina que no solamente tiene en su favor la terminante disposición de la ley 42, tít. 5, P^a 5, sino que también está de acuerdo con la materia de prescripciones, en la cual (...) no procede por parte del que posee en virtud de un título revocable, cual es el de que aquí se trata¹⁶”.

Expresión cabal de la corriente preconizadora de la imprescriptibilidad, pero aplicable sólo por mor del silencio de las partes respecto a la duración del derecho retractual, se alza la opinión de De Otto y Crespo, quien, a continuación de apuntar que “la ley 63 de Toro declara que las acciones personales se prescriben por el transcurso de 20 años, y por el de treinta aquellas que se hallan corroboradas con hipoteca, (conforme a lo que) han creído varios autores que el derecho a recobrar lo vendido bajo pacto de retro no podía ejercitarse pasados ya veinte años, ya treinta, según consideraban tal acción personal unos, hipotecaria otros”, concluye que, como quiera que ésta es una “opinión restrictiva, opuesta a la libre y perpetua facultad de retraer”, semejante estado de cosas “nos mueve a sostener que el derecho para redimir en las cartas de gracia cuando no se ha señalado tiempo, debe ser perpetuo¹⁷”.

Difícilmente incardinable en ninguno de los tres grupos referidos, sobresale el pensamiento de Del Viso, que estima que “se haya señalado un plazo dentro del cual puede devolver el precio el vendedor, como en el caso de no haberse hecho ninguna designación, podrá, aun después de transcurrido el plazo si se señaló, o aun después de pasados veinte o treinta años según que hubiere o no mediado hipoteca, recuperar a su arbitrio la cosa mientras que no le interpele el comprador para que devuelva el precio o le

¹⁵ *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez por el Licenciado José Marcos Gutiérrez*, Madrid, 1789, p. 16 y 17.

¹⁶ Domingo de Morató, D. R.: *El Derecho Civil Español* ..., cit., tomo 2º, 2ª edición, p. 426.

¹⁷ De Otto y Crespo, N.: *Del retracto convencional* ..., p. 241.

otorgue escritura de venta absoluta¹⁸”.

Incluso apuntando a una hipotética prescripción por el paso, según se halle inscrito o no en el Registro de la Propiedad el derecho retractual, de 20 o 30 años, la misma no opera - a su entender - de forma automática expirados esos plazos, y se requiere, a título adicional, para que la prescripción genere sus efectos extintivos propios, una intimación dirigida al titular del rescate – por el propietario actual del bien -, al objeto de que aquél se decida a recuperar o, por el contrario, desista de ejercitar su derecho; debe, pues, el potencial retraído, dirigir un ultimátum al posible retrayente. No se asiste, en resumidas cuentas, a una ortodoxa prescripción extintiva, que coloque al derecho en una situación precaria, y permita a su sujeto pasivo impedir, por vía de excepción, que sea utilizado a partir de entonces.

Sea como fuere, la trascendental S. T. S. de 12 de mayo de 1875 representa el crepúsculo de las tesis que admitían la imprescriptibilidad de la acción redentora, o que patrocinaban su posible carácter temporalmente ilimitado o indefinido. En su considerando tercero, prescribe que “los pactos perpetuos de retroventa serán siempre nulos como todos los opuestos a las leyes, y más a las que regulan la prescripción...”

4.2. El artículo 1508 C. C. El plazo voluntario y el subsidiario legal. El tope máximo imperativo. Estado de la cuestión en Cataluña y Navarra:

El artículo 1508 del Código Civil, alejándose de lo estipulado en el precepto 1437 del Proyecto de 1851 – que concretaba, en defecto del señalamiento privado de un término más corto, en un cuatrienio la duración del retracto convencional, tiempo que no cabía sobrepasar¹⁹ -, estatuyó – tras la estela del Anteproyecto de 1882-88²⁰ - un plazo dual, en una elección

¹⁸ Del Viso, S.: *Lecciones elementales* ..., cit., tomo III, 5ª edición, p. 243.

¹⁹ Art. 1437 del Proyecto de 1851: “ El derecho de que trata el artículo anterior (el de rescate) dura cuatro años, contados desde la fecha del contrato, si no se ha señalado otro término mas corto: no puede pactarse otro término mas largo.”= García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 415.

²⁰ Art. 1535 del Anteproyecto de 1882-88: “ El derecho de que trata el artículo anterior, a falta de pacto expreso, durará cuatro años, contados desde la fecha del contrato.

legislativa sin antecedentes conocidos.

Establece, en primer lugar, un término convencional regulable por las partes en función de la particular situación en que se encuentren, así como de sus previsiones de futuro, con el respeto debido al límite máximo cogente de los diez años. Ello es así, puesto que la ley no podía abandonar al entero y libérrimo arbitrio de los contratantes la determinación del término dentro del cual le fuera factible al vendedor recobrar el dominio transferido sobre la cosa vendida, por los inconvenientes de aherrojar la propiedad a un estado de incertidumbre durante prolongados períodos de tiempo; el comprador con el pacto de rescate deviene dueño pleno, si bien su dominio – mientras no se desvanezca el derecho de retracto – adolece de la nota de interinidad y, por lo mismo, tal comprador no conserva el bien como lo haría el dueño definitivo: persigue la consecución del mayor beneficio posible a la par que economiza gastos, incluso los más estrictos, y su posición jurídica lastra, cuando no obtura, el comercio y la circulación de las cosas. Un tercero, quizás interesado en la adquisición del bien, se lo piensa, sabedor de la potencialidad de un rescate de manos del vendedor, o de su causahabiente.

Por lo tanto, el texto codificado, acogéndose a la vigorosa corriente liberal reinante en el instante de su elaboración y promulgación, feroz enemiga de la limitación perpetua del dominio, diseña – en una norma que se reputa de interés público – ese tope máximo temporal de la década, refractario a cualquier derogación por disposición de las partes²¹. La seguridad del tráfico jurídico requiere que, no obstante concurrir una situación de potestatividad – reconocida sin ambages – en la configuración temporal del derecho de redención, la estipulación privada respete el techo máximo fijado.

Así lo confirma la S. T. S. de 26 de mayo de 1930, dado que la barrera de diez años es límite máximo en todo supuesto, bien se fije de principio tal plazo, bien se llegue al mismo por prórroga del término inicialmente pactado. Consigna en su considerando segundo que, “por virtud de lo que previene el artículo 1508 (...), aun en el caso de estipulación, el plazo para el ejercicio del

En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años.” = Lasso Gaité, J. F.: *Crónica* ..., cit., volumen II, p. 703.

²¹ En ese sentido la S. T. S. de 3 de marzo de 1995 – fundamento de derecho tercero –.

derecho de retracto nunca podrá exceder de diez años,...”.

En igual sentido, la S. T. S. de 8 de marzo de 1951 que, luego de constatar en su considerando segundo que, “a tenor de lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil, el derecho de retracto convencional durará como máximo diez o cuatro años, según exista o no pacto expreso de duración”, agrega en el considerando siguiente que existe “la prohibición, en régimen jurídico común, de establecer un plazo superior a diez años”.

Scaevola, a la hora de valorar ese insuperable tope de los diez años, no duda en comparar los efectos negativos que provoca un derecho de recuperación convencional dilatado en el tiempo con los problemas generados por el condominio. Según sus autorizadas palabras – que, pese a todo, no tienen en cuenta que en la venta con pacto de rescate, una vez consumada, no se produce un desdoblamiento dominical, y la única propiedad corresponde al comprador, dejando en manos del vendedor un simple derecho de redención, dotado de eficacia real, que puede conducir a la recuperación del dominio transferido, pero que no es de momento ningún derecho de propiedad – “ el retracto de plazo largo y el condominio producen con el tiempo los mismos males. En su evitación, la ley declara imprescriptible la acción *communi dividundo*; pero los condóminos pueden obligarse a permanecer en la indivisión durante un plazo que no exceda de diez años (art. 400). Este mismo plazo de diez años es el que el artículo 1508 fija como de duración máxima del retracto²² ”.

¿*Quid iuris*, entonces, si se pacta para el derecho retractual, en contra de los dictados del artículo 1508, un término de ejercicio vitalicio, indefinido, o con una duración superior a la década?

Ante una situación tal son concebibles de partida tres soluciones:

1. Defender la nulidad radical del negocio jurídico en su totalidad, esto es, tanto de la compraventa cuanto del *pactum adiectum* de rescate. En principio, dado el carácter prescindible y suplementario que ostenta la cláusula

²² Scaevola, Q. M.: *Código ...*, cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 373.

en relación con el contrato-base que le sirve de soporte, semejante planteamiento se torna infundado: como mucho será nulo el pacto, pero la validez y eficacia del mismo no puede afectar al negocio-matriz, cuyos requisitos de perfección, obligación de entrega, vicios, causas de resolución, no resultan alterados por la presencia de la cláusula, y siguen las reglas generales.

2. Sostenerse que la nulidad afecta siempre a la entera convención retractual, pero en ningún caso a la compraventa-base. Esta afirmación no se antoja plausible por contravenir la doctrina del favor contractual, partidaria de la conservación del negocio jurídico.

3. Lo cual nos conduce a postular la nulidad parcial del pacto, reduciendo su amplitud temporal al máximo legal, siempre y cuando ello sea posible.

Porque, si se ha supeditado la existencia del pacto y del derecho que alberga a que éste dure más de una década, entonces, y sólo entonces, operará la nulidad total de la cláusula, y no la conversión automática o reducción al límite decenal. En realidad, la cuestión se reconduce a una interpretación de la voluntad de las partes.

La tesis de la nulidad parcial apuntada, reconduciendo el plazo previsto al decenio, es cuestión pacífica en la doctrina²³. No obstante, no falta quien – como Borrell y Soler – pretende que si no se ha señalado plazo, o el establecido supera los diez años, el término aplicable no es el máximo legal imperativo, sino el de cuatro años²⁴.

La nulidad parcial del segmento temporal que supere la década ha sido acogida por el Tribunal Supremo en la S. de 8 de marzo de 1951 – considerando séptimo –, al estipular de manera categórica que: “el pacto sobre duración del derecho a retraer sería nulo, no totalmente, sino en cuanto excediera de diez años...”

Por lo demás, éste es el remedio que adoptan algunos Códigos de

²³ Por todos, por ejemplo: García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 573; o Blasco Gascó, F.: *Derechos Reales* ..., cit., p. 619.

²⁴ Borrell y Soler, A. M.: *El contrato* ..., cit., p. 255.

estirpe latina, como el artículo 1501, 1, 2º inciso del italiano, el 1660, 2 del francés, el 929, 2 del portugués, o el 1535, 2 del venezolano.

En otro orden de cosas, junto a ese término de carácter convencional – concediendo un margen de disponibilidad a las partes -, oscilable de cero a diez años, el artículo 1508, primer inciso contempla, asimismo, un segundo término de corte preceptivo, que hace su entrada ante el silencio en sede temporal de los interesados²⁵.

No admite el Código, por lo tanto, el criterio de cercenar la duración de la acción rescatadora a un período reducidísimo, y fija un plazo ni breve ni largo, un lapso bastante para permitir a su titular, lejos de cualquier precipitación o apremio, reincorporar a su caudal activo el derecho transmitido sobre el bien, en vista de que – como señala García Goyena – “el bien público no permite que se prolongue por demasiado tiempo una incertidumbre que necesariamente ha de perjudicar a los intereses de la agricultura y del comercio²⁶”.

La plasmación de un plazo dual – convencional y subsidiario legal – por nuestro artículo 1508 se manifiesta como una de sus singularidades. Abre una nueva vía que no ha sido recogida en el derecho comparado, a excepción del artículo 1606 del Código filipino o el § 3902 del portorriqueño.

Los Códigos foráneos, en su inmensa mayoría, indican un plazo o término unitario, que aparece como límite máximo de carácter imperativo, sin posibilidad de ampliación.

En ocasiones, se prescribe, lisa y llanamente, que la duración del derecho de retracto convencional no cabe estipularla por encima de esa acotación temporal superior, caso del artículo 1660, 1 del texto francés, el 1501, 1, primer inciso del italiano, el 1381 del argentino, el 1943, 1 del colombiano, el 1885, 1 del chileno, 1754, 1 del uruguayo, etc... No se señala de modo directo cuál es el plazo aplicable si las partes no lo precisan, mas hay

²⁵ Ss. T. S. de 18 de marzo de 1911 – considerando segundo -, 24 de junio de 1911 – considerando tercero -, y 28 de junio de 1961 – considerando séptimo -.

²⁶ García Goyena, F.: *Comentarios...*, cit., tomo III, p. 416.

que entender que se aplica, entonces, el máximo estipulado *ex lege*.

Otros Códigos, además de establecer la duración máxima de plazo, sí que expresan que, frente al silencio de los interesados, el término coincide con el reseñado como tope legal, verbigracia, el § 503 del B. G. B., el artículo 929, 1 del luso – a *sensu contrario* –, el 1535, 3 del venezolano o el 1141, 1 del brasileño.

La segunda originalidad de nuestro 1508 radica en que no atiende a la naturaleza jurídica del bien vendido con el pacto rescatador para, a partir de tal diversa catalogación de la cosa, estipular dos términos diferentes: uno para los muebles, otro para los raíces, bipolarización a la que se adhieren, allende nuestras fronteras, varios Códigos, como el italiano (art. 1501, 1, primer inciso: dos años para los primeros, y cinco para los segundos), el B. G. B. (§ 503: treinta años para los inmuebles y tres para los restantes bienes), o el portugués (art. 929, 1: cinco o dos años, respectivamente).

La tercera peculiaridad del texto español consiste en que, al consagrar el plazo subsidiario de cuatro años, elige un término de duración intermedia entre los previstos por el derecho comparado: desde los treinta años – para los inmuebles – del Código alemán (§ 503 B. G. B.), los diez del suizo (art. 683), cinco del costarricense (art. 1094, 1), venezolano (art. 1535, 1), francés (1660, 1), luso – para raíces – (art. 929, 1), pasando por el – idéntico al nuestro – de cuatro años en el texto ecuatoriano (art. 1852, 1), salvadoreño (art. 1683, 1), colombiano (art. 1943, 1) o chileno (art. 1885, 1); tres años – para los muebles – en el alemán (§ 503 B. G. B.), argentino – sólo para inmuebles – (art. 1381), brasileño (art. 1141, 1); dos años para el italiano – muebles – (art. 1501, 1), portugués –muebles – (art. 929, 1), o peruano – inmuebles – (art. 1588, 1), pues para los muebles dicho último precepto fija el plazo de un año.

En los territorios españoles con derecho privativo que consagran normativamente la figura del retracto convencional, esto es, Cataluña y Navarra, especificase en sus Compilaciones un término diverso a los consagrados en el artículo 1508 C. C., precepto que no resulta de aplicación en aquellas regiones.

El artículo 326, 1, primer inciso del texto catalán, adoptando como criterio

diferenciador en la duración del *ius redemptionis* la naturaleza jurídica del bien sobre el que recae – empleado, tal como se refirió, por los Códigos alemán, italiano o luso –, perfila como norma de derecho necesario un límite máximo de treinta, o de seis años, respectivamente, según se trate de cosas inmuebles o muebles.

El señalamiento del tope máximo para los bienes raíces, es aplicación directa del *Usatge Omnes Causae*, en virtud del cual todas las acciones prescribían por el transcurso de la treintena sin haber hecho uso de ellas, que la Sentencia de 9 de mayo de 1961 del Tribunal Superior de Andorra – en su considerando dieciséis – estima de plena aplicación también en el Principado²⁷.

La jurisprudencia, por su parte, ya se había ido encargando de aplicar tal límite máximo de los treinta años en una lista bien nutrida de pronunciamientos: Ss. T. S. de 9 de febrero de 1878 – considerando primero –, 29 de diciembre de 1884 – resultando undécimo –, 30 de enero de 1890 – resultando octavo –, 20 de diciembre de 1901 – considerando segundo –, 1 de abril de 1912 – considerando primero –, 20 de junio de 1949 – considerando tercero –, o la tantas veces aludida de 8 de marzo de 1951. Esta última, en su considerando segundo, preceptúa que: “a tenor de lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil, el derecho de retracto convencional durará como máximo diez o cuatro años, según exista o no pacto expreso de duración, mientras que el derecho de luir y quitar (su homólogo catalán), ejercitado primitivamente con gran amplitud en el tiempo, puede mantenerse vivo durante treinta años, según doctrina jurisprudencial que aplica a la acción de retraer la prescripción genérica establecida en el *Usatge Omnes Causae*,...”. Y, si las partes no han convenido la duración del derecho recuperador, dura éste también treinta años²⁸.

El artículo 326, 1 de la Compilación, en su segundo inciso, tratándose de inmuebles, permite, sin embargo, que “el plazo del derecho de redimir pueda

²⁷ Recogida en: *La tercera instancia en Andorra, la prescripción en las ventas a carta de gracia*, por Anglada Viladerbó, J., en R. J. C., año LXIII- número 1, Barcelona, 1964, p. 157 a 166.

²⁸ S. T. S. de 7 de febrero de 1989 – fundamento de derecho segundo –.

fijarse por la vida de una o dos personas determinadas existentes en el momento de suscribirse el contrato”.

Constituye, en todo caso, un término de caducidad, según se desprende del inciso tercero de dicho precepto, al igual que de la disposición transitoria quinta del mismo texto.

En Navarra, su Compilación, por medio de la diáfana redacción de su ley 577, primer inciso, que lleva el ladillo <<plazo>>, determina lo siguiente: “El derecho del vendedor a recuperar la cosa puede establecerse por tiempo determinado, indefinido o perpetuo”.

Cabe, por consiguiente, contemplar tres situaciones disímiles:

1. El establecimiento del “derecho real de recuperar la cosa vendida” (ley 576) por tiempo determinado, en cuyo caso éste deberá ser respetado. Tal venta con pacto de retro “se presumirá como forma de garantía real – refiere la ley 584 – siempre que el vendedor continúe por cualquier título en posesión de la cosa”.

La estipulación del derecho de rescate por tiempo indefinido. Ante esta hipótesis, la ley 583 ordena que la acción para retraer prescribirá (en realidad, caducará)²⁹ a los treinta años.

Coincidente plazo explicita la ley 480, en sede de venta en garantía.

3. El acuerdo de que el derecho de retracto convencional resulte ejercitable con alcance perpetuo. En un intento clarificador, buen ejercicio de interpretación auténtica, la propia ley 577, segundo inciso de la Compilación, puntualiza que “sólo se entenderá perpetuo si expresamente fuesen empleadas las palabras <<para perpetuo>>, <<siempre>>, <<cada y cuando quisiere>> u otras semejantes que indiquen claramente este carácter”.

²⁹ Al efecto, cabe citar las palabras de Gómez Corraliza, B.: “A pesar de todo, también en materia de Derecho Foral debe, a mi juicio, mantenerse la reserva hecha con relación al Código Civil, en cuanto al valor atribuible a la terminología utilizada por el legislador pues éste, aun conociendo la distinción entre las dos citadas instituciones, no siempre se expresa en términos técnicos. Por ejemplo: es frecuente que hable de <<prescripción>> cuando lo que corresponde es <<caducidad>>. Tal acontece, a mi juicio, en la Compilación Navarra con relación a la (...) acción para retraer en caso de venta con pacto de retro como garantía (ley 480), acción para retraer en caso de venta con pacto de retro o a carta de gracia por tiempo indefinido o <<para perpetuo>> (ley 583), en todos cuyos casos la Compilación utiliza el término prescribir cuando la naturaleza propia del plazo es, según el común sentir, de caducidad.” = *La caducidad*, Madrid, 1990, p.p. 118 y 119.

A favor de la construcción del plazo como “de prescripción”: Rubio Torrano, E.: *La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro*, cit., p. 21.

En dicho supuesto, se aplica otra vez la ley 583, y la acción retractual prescribirá (recte: caducará) a los treinta años.

Precisamente el estado de la cuestión en los derechos forales, quienes contienen las referencias comentadas a los treinta años, ha llevado a García Cantero a plantear la conveniencia – a su juicio – de ampliar los acertados y prudenciales términos – convencional y legal sustitutorio – del artículo 1508 del Código, que se mueven dentro de los parámetros consagrados por el derecho comparado, y de elevar, en consecuencia, el límite superior imperativo de la década a la treintena, puesto que: “si en estos territorios (Cataluña y Navarra) la fijación de un plazo máximo de treinta años no parece haber fomentado la usura, no hay argumentos para no admitirlo como posible en el Derecho común”³⁰.

4.3. Carácter del término retractual. La noción de caducidad:

Interesa, a continuación, determinar la naturaleza jurídica del término rescatador. En un principio, prevaleció tanto doctrinal como jurisprudencialmente – lo que se relató con detalle folios atrás – la tesis patrocinadora de la prescripción, posición que fue dejando paso a la partidaria de la caducidad, que logró imponerse con el transcurso del tiempo.

El punto de inflexión entre una teoría y la siguiente se encuentra en las clarividentes palabras de De Buen, cuando, con un plural de modestia, se pronunció así: “entendemos que el plazo establecido para el ejercicio de la acción de retraer no es de prescripción, sino de caducidad,...”³¹. Al margen de las contradictorias afirmaciones de Borrell y Soler - quien tan pronto proclama con decisión que “transcurrido el plazo estipulado o el legal supletorio caduca la acción de retracto”, como añade, líneas más abajo en la misma página y

³⁰ García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 567.

Recomienda, en todo caso, antes de adoptar su propuesta, en la misma obra y página, “un estudio sociológico de la institución en el Derecho foral”.

³¹ De Buen, D.: Notas a la traducción por la Redacción de la R. G. L. J. del *Curso Elemental de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant, tomo cuarto, Madrid, 1925, p. 212. En la reimpresión de la tercera edición, Madrid, 1981, es la página 272.

obra, con no menos contundencia, que “tanto si la acción de retracto del vendedor es real, como si fuere personal, su prescripción debe regirse, a falta de disposición especial contraria, por el art. 1969 del C. C.,...³²” -, la conceptualización del término retractual como de caducidad constituye en la actualidad doctrina pacífica³³, con las consecuencias sustantivas y procesales inherentes a tal caracterización.

El derecho redentor disfruta, pues, de una duración prefijada, que se fundamenta en la idea de un plazo fijo, fatal, indetenible, inmutable. Es consustancial con el propio derecho la precisión de un período de tiempo para su vigencia, pasado el cual expira; por lo tanto, para apreciar si se ha producido o no el fenecimiento del mismo, sólo se repara en el hecho objetivo de su falta de ejercicio – o, lo que viene a ser igual, su utilización incorrecta – dentro del término preestablecido³⁴, que conlleva un efecto extintivo radical y automático alcanzado el *dies ad quem*. En consecuencia, de lo que se hace eco la S. T. S. de 26 de enero de 1952 – considerando primero -, el curso del término retractual, como regla general, no cabe ser suspendido o interrumpido, y corre contra toda persona, según señala el artículo 1663 del Código Civil francés.

A título excepcional, y por aplicación del artículo 8º de una ley especial de 5 de noviembre de 1940 de la Jefatura del Estado³⁵, los plazos de retracto convencional – si se cumplían los requisitos exigidos en él – quedaban en suspenso con carácter retroactivo durante la contienda civil (desde el 18 de julio de 1936), y se reanudaban dos meses después de la conclusión de la guerra, o, en su caso, después de haber pasado el retrayente a territorio

³² Borrell y Soler, A. M.: *El contrato...*, cit., p. 255.

³³ P. ej., Gómez Corraliza, B.: *La caducidad*, cit., p. 604; Badenes Gasset, R.: *El contrato...*, cit., tomo II, 3ª ed., p. 867; O’Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, A.: *Introducción...*, cit., volumen II, 3ª edición, p. 739; Lasarte Álvarez, C.: *Principios...*, cit., tomo 3º, 4ª edición, p. 213; López y López, A. M.: *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, V. V. A. A., coordinado por Mª. R. Valpuesta Fernández, 3ª edición, Valencia, 1998, p. 622.

³⁴ Ss. T. S. de 26 de mayo de 1930 – considerando segundo – y 11 de mayo de 1966 – considerando primero -.

³⁵ Artículo 8º de la ley de 5 de noviembre de 1940: “párrafo primero. – Los plazos estipulados en los contratos anteriores al 18 de julio de 1936, siempre que alguna de sus obligaciones hubiera debido cumplirse en zona que estuvo sometida a la dominación marxista, o que alguna de las partes afectas al Glorioso Movimiento Nacional se hubiese encontrado en dicha zona, se considerarán suspendidos desde el 18 de julio de 1936 hasta dos meses después del día en que se haya liberado el lugar del cumplimiento de la obligación de que se trate o del día en que hubiese empezado a residir en zona nacional el contratante que estuvo en zona roja.” = en Aranzadi de Legislación del año 1940, ref. 1840, p. p. 1174 y 1175.

nacional³⁶.

Pero no sólo caduca, como ya se señaló, el derecho recuperador a resultas de la inactuación del mismo por su titular en tiempo hábil para ello, sino también debido a la falta de utilización correcta de dicho *ius*: por ejemplo, se ejercita, mas no se abona el precio del rescate, hipótesis reflejada en el fundamento segundo de la S. T. S. de 8 de noviembre de 1985. En ella, el Alto Tribunal sostiene la siguiente argumentación: "el precepto legal invocado en ese motivo (art. 1518 C. C.) no fue infringido por la sentencia de instancia, pues en ella precisamente se declara la extinción y caducidad del derecho de retracto objeto de la litis, por el transcurso del plazo legal sin haberlo ejercitado debidamente, y no cumplir los demás requisitos que la ley exige".

Frente a las hasta ahora mencionadas Sentencias, o a las más cercanas de 22 de noviembre de 1962 – considerando tercero – y 3 de marzo de 1995 – fundamento de derecho tercero –, partidarias de caracterizar al derecho de redención como uno de los sujetos a caducidad, la S. T. S. de 12 de abril de 1957, en su considerando segundo, traspasa el ámbito privativo del *ius*, y aplica la figura de la decadencia a la cláusula que lo contiene, hablando, en resumidas cuentas, de "la caducidad del pacto de retroventa".

Por otro lado, la S. T. S. de 28 de junio de 1961 – considerando séptimo –, imputa al derecho de retracto convencional otra de las notas esenciales de la caducidad, la relativa a la apreciación de la misma, de oficio, por el juez³⁷.

Y no se les permite a las partes otorgar al término rescatador un carácter prescriptivo, en sustitución del adecuado de caducidad; es más, resulta inadmisibile incluso si así se acordase mediante un pacto expreso, presupuesto que se trata de una cuestión de orden público – no únicamente el señalamiento de un límite temporal máximo, sino asimismo la propia naturaleza del plazo del *ius redemptionis* –, con lo que se clarifica con la

³⁶ Vid. la S. T. S. de 8 de enero de 1945 – considerandos tercero y sexto –.

³⁷ : "conforme al artículo 1508 del Código Civil, el derecho del vendedor a retraer tiene limitada su duración salvo pacto en contrario, que aquí no se ha justificado ni aducido, a un período de cuatro años, plazo transcurrido con exceso y que por no ser de prescripción sino de caducidad puede y debe estimarse de oficio, ...".

celeridad legalmente exigible una situación de incertidumbre, de suerte que si el titular presente del derecho no acomete, dentro del plazo preestablecido, un acto jurídico específico, desaparece de forma automática la posibilidad de recuperar.

Lo antedicho no comporta, sin embargo, ningún obstáculo para que el comprador – o, en su caso, el actual *dominus* de la cosa – revenda al inicial vendedor el bien una vez expirado el término retractual, supuesto al que alude ya la provecta R. D. G. R. N. de 4 de agosto de 1893 en su considerando primero, cuando afirma que: “en la escritura de 7 de agosto de 1890 (de reventa) existe a no dudar el concurso de dos voluntades que exige el artículo citado (el 1262 C. C.), ya que consta la de doña Ramona R. (compradora a retro) que, no obstante haber transcurrido el plazo fijado para la retroventa, recibió el precio y devolvió la finca, dejando sin efecto la primera venta de que derivara su dominio resoluble,...”.

La determinación por el artículo 1508 C. C. de los términos de caducidad para el derecho recuperador no empece a que, tras el vencimiento de los mismos, el comprador enajene de nuevo el bien al vendedor, extremo que no cabe proscribir, puesto que tamaña prohibición pondría en tela de juicio la libertad que disciplina el régimen de la contratación. Sería una venta normal, una venta aisladamente considerada, desprovista de toda relación con el pacto de retracto convencional y con su contrato-base, salvo en lo atinente a la coincidencia de los sujetos y del objeto. El en su día comprador a retro no puede ser constreñido, a su vez, a vender, dado que no existe ningún acuerdo de antemano en tal sentido – no hay ningún pacto de reventa previo –, y si decide hacerlo, el nuevo contrato supone una venta ordinaria, enteramente desligada de la que se acompañó de la cláusula rescatadora, lo cual faculta para que el precio y cualquier otra modalidad de las prestaciones pueda variar en el segundo contrato respecto al primero.

Así lo reconoce la R. D. G. R. N. de 19 de julio de 1922, en cuyo considerando primero se admite que el comprador con pacto de retro, después de transcurrido el plazo en que cupo ejercitarse el retracto, “y aun constando la nota de consumación de la venta en el Registro”, pueda volver a vender la

finca al vendedor, lo que es "lícito, como comprendido dentro de los moldes marcados por la ley al arbitrio de los otorgantes", aunque confiesa la impropiedad de calificar a tal contrato de contrato de retroventa.

Ejemplos también de un segunda venta de sentido inverso a la primera, una vez extinto el derecho de rescate, nos los brindan las Rs. D. G. R. N. de 22 de julio de 1910 y 5 de noviembre de 1919. Conforme a su acertado tenor, resulta de todo punto imposible la concesión de efectos retroactivos a esta segunda venta, pues proyecta su influjo hacia el futuro y no hacia el pasado. Al comprador le cabe, como se ha visto, devolver la cosa por intermediación de un nuevo acto o contrato, o en cumplimiento de una hipotética promesa de venta de nacimiento y existencia extrarregistral, mas nunca se conseguirá dar a esa reventa los efectos propios del derecho retractual, cuales son los de operar sobre el contrato-base y reponer – con la salvedad que representa el artículo 1520 C. C. – la situación jurídica de las partes a su estado precontractual.

El considerando tercero de la primera de las dos Resoluciones, al que se remite el considerando segundo de la de 5 de noviembre de 1919, expresa que: "consumada la venta por transcurrir el plazo (retractual convencional), el comprador es dueño irrevocable del objeto vendido, no pudiendo obligarse a devolverlo al vendedor, sino por un contrato nuevo, por una nueva venta, que tendría por efecto, no el de destruir retroactivamente la enajenación, sino producir otra distinta en sentido inverso, y devolver para en adelante la propiedad al vendedor primitivo".

No obstante, en ambos pronunciamientos se hace coincidir en el tiempo la consumación de la compraventa-base con la conclusión del término rescatador, cuando la primera acontece mediante la tradición del bien al comprador³⁸, momento asimismo de arranque – sobre esto se volverá más adelante – para el cómputo del período de redención, que no se ha de identificar, obviamente, con el *dies ad quem* del mismo. A la expiración del plazo hábil fijado para que el titular retractual pueda recuperar, sin que se sirva

³⁸ S. T. S. de 6 de mayo de 1972 – considerando primero –.

de su poder jurídico, el dominio pleno del que disfruta hasta entonces el comprador – o su causahabiente – deviene definitivo, y se desvanece *ope legis* la amenaza de claudicación inherente a dicha propiedad, que se encontraba inerme frente al eventual rescate, mas no se consuma un contrato ya consumado, simplemente se disipa la posibilidad de actuar sobre el mismo neutralizando sus efectos.

Respecto al reflejo registral de la extinción del derecho de retracto convencional por caducidad, hay que declarar que se practicará a instancia de parte interesada por medio de nota marginal (art. 23 L. H.). Antes de la reforma del R.H.³⁹, de conformidad con el posteriormente retocado artículo 177 de semejante texto, bastaba para ello “que, transcurridos los ocho días siguientes al término estipulado para la retroventa sin que exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta, se haga la conveniente petición al Registrador, presentando al efecto el título que produjo la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita “. Hoy, el vigente 177,1 R.H., con un tenor más general que su precedente, determina que: “Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento”.

4.4. Método de computación de dicho término redentor: *dies a quo* y *dies ad quem*:

Tras lo anterior, centrémonos en analizar el sistema de computación del período recuperador.

A ese respecto, el artículo 1508, primer inciso C. C. preceptúa que el término para el ejercicio del retracto convencional comienza a contarse, en lo

³⁹ acometida por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre.

referente al subsidiario legal, a partir de la fecha del contrato, estipulación que cabe extender al término convencional del segundo inciso al no concurrir motivos para la distinción, pues se omite simplemente por imperativos de estilo – a fin de evitar redundancias –.

Sin embargo, a pesar de esa determinación, el *dies a quo* de ambos términos no procede situarlo en el instante de la fecha o perfección del contrato, sino, como entiende buena parte de la doctrina⁴⁰, en el momento de la consumación, que puede o no resultar coetáneo al anterior.

Cuando ambas fechas no sean coincidentes en el tiempo: la de la perfección del contrato-base, en que se produjo el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio – la que se refleja en el encabezamiento del documento –, y la de la consumación del mismo por la tradición, ha de atenderse a esta última, es decir, debe estarse al día de la efectiva transmisión dominical.

Hasta entonces, el vendedor retiene la propiedad del bien y, en consecuencia, el derecho de rescate ya pactado no puede ser ejercitado. Su contenido propio se halla disuelto momentáneamente en la forma dominical, que lo acoge en virtud de su potencia o vis atractiva. El dueño no precisa recuperar o hacer retornar a su activo patrimonial una cosa de la que aún no se ha desprendido. Si se contempla la cuestión desde el otro polo de la relación jurídica, se extrae idéntica conclusión, porque el derecho recuperador resulta utilizable – argumento ex artículo 1510 C. C. – frente al dueño (propietario actual del bien) y, como quiera que lo es el potencial retrayente, debería ejercitarlo contra sí mismo, ocupando al unísono la posición de sujeto activo y pasivo.

Visto lo cual, no es ocioso preguntarse por la razón explicativa de la referencia a “la fecha del contrato” incardinada en el artículo 1508. Acaso el legislador, conocedor de la realidad cotidiana, tradujo, o mejor generalizó, en el precepto lo que acontecía reiteradamente en las ventas con pacto de

⁴⁰ Manresa J. M^a.: *Comentarios ...*, cit., tomo X, volumen 1^o, 6^a edición, p. p. 435 y 436; Navarro Pérez, J. L.: *La Compraventa civil*, cit., p. 699; Blasco Gascó, F.: *Derechos Reales...*, cit., p. 619; Albácar López, J. L.: *Código Civil ...*, cit., tomo V, 1^a edición, p. 397; García Cantero, G.: *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2^a edición, p. p. 570 y 571.

retracto convencional. En ellas, el elemento objetivo, en unos porcentajes abrumadores, consistía – y sigue consistiendo – en cosas inmuebles y, en atención a que, también con notable frecuencia, tales ventas acompañadas de la cláusula redentora se plasmaban en documento público (aunque no faltaban las ocasiones en que el contrato-básico se recogía en escritura pública y el pacto en documento privado), lo que según el tenor del artículo 1462, 2 C. C. equivale a la entrega del bien – a excepción de que del documento resultare o se dedujere con claridad lo contrario –, se obtenía de modo inexorable el solapamiento en el tiempo de los dos momentos diferenciables en el normal devenir de un contrato: su perfección y su consumación.

Constituye el término del artículo 1508 C. C., por otro lado, un plazo civil⁴¹ y, por ello, se aplica en su integridad el precepto 5,1 del mismo texto, quedando el día de la consumación del contrato-base (*dies a quo*) excluido del cómputo – a lo que se oponen Borrell y Soler⁴² y Badenes⁴³ –, salvo pacto en contra, y el término se empieza a contar el día siguiente. Los plazos, al encontrarse fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha.

Es un plazo continuo (art. 5, 2 C.C.), de manera que no se excluyen o descuentan los días inhábiles⁴⁴, lo que implica que el *dies ad quem* haya de transcurrir, a fin de que fenezca el derecho rescatador, en su totalidad, hasta el final de la hora veinticuatro.

El vendedor – o el actual titular del retracto – tiene derecho, en principio, a servirse de su poder recuperador en cualquier instante del término hábil estipulado, extremo que ha recibido el beneplácito jurisprudencial en la S. T. S. de 3 de abril de 1981 – considerando sexto de la 1ª Sentencia -: “en el retracto convencional el derecho puede ejercitarse durante todo el plazo contractual o legal establecido, por la simple voluntad del retrayente”.

Sin embargo, el juego de la autonomía de la voluntad de las partes permite, en relación con esta parcela temporal de la figura, la fijación para la cláusula rescatadora de un término inicial, que motivara que al vendedor – o a

⁴¹ Así la S. T. S. de 13 de diciembre de 1954 – considerando segundo –, que se refiere al retracto legal arrendaticio rústico, pero es aplicable igualmente al convencional.

⁴² *El contrato de ...*, cit., p. 255.

⁴³ *El contrato de compraventa*, cit., tomo II, 3ª edición, p. 868.

⁴⁴ S. T. S. de 2 de abril de 1956 – considerando primero –.

los sucesivos titulares del *ius redemptionis* – no les fuera permitido recurrir al derecho recuperador sino a partir de dicho tiempo prefijado.

La instauración de tal término inicial de inactuación del derecho redentor provoca, por ende, que el período convencional o legal de readquisición comience a transcurrir desde el último día de aquel término inicial aludido, en lugar de contarse a partir del momento exacto de la consumación del contrato-matriz; con una necesaria salvedad, y es que el tiempo comprendido entre la consumación de la compraventa y el momento de ejercicio del rescate no puede, bajo ningún concepto, rebasar el límite máximo imperativo de los diez años.

Modelo de fijación de un término inicial, que imposibilita la utilización hasta entonces del derecho rescatador, de duración inferior al señalado con carácter general para poder recobrar⁴⁵ es el supuesto relatado en la R. D. G. R. N. de 28 de mayo de 1889. En un retracto convencional pactado por veinte años (el término legal vigente entonces para la prescripción de las acciones personales, según se apuntó al principio del capítulo), se acuerda que no quepa la redención hasta pasados cuatro años, a lo que añade el considerando segundo que “en la duración de ese plazo (el término retractual) ni influye ni puede influir el otro de cuatro años convenido por los interesados en la misma cláusula, ya que no se pactó que prescrista la acción de retroventa no se podría ejercitar, sino que esa acción duraría un cierto número de años, y de todas suertes no podría intentarse hasta transcurridos que fuesen los cuatro primeros siguientes al contrato”. Cabe, por lo tanto, colegir que en modo alguno se permite superar el tope legal cogente – entonces dos décadas, hoy una -. La S. T. S. de 17 de mayo de 1955 – en los hechos -, para un término retractual de seis años, prohíbe el empleo del poder redentor hasta que se alcance el quinto de ellos.

Por lo demás, la S. T. S. de 11 de junio de 1887, aun cuando se dictó antes de la publicación y vigencia del Código Civil, no dejaría hoy de ser aplicada su doctrina ante un caso análogo al que resolvió.

⁴⁵ Sobre las distintas variantes que admite esa estipulación temporal a favor del comprador, con referencias jurisprudenciales, consúltase *supra* el epígrafe 2.5.D).

Conforme precisa, se determinó en una escritura pública de compraventa con pacto de retro de 27 de abril de 1874 que el derecho de recuperación sólo pudiese tener lugar diez años después (exactamente el 27 de abril de 1884), “sin que antes de este día estuviera obligado D. Sandalio G. de R. (comprador a retro) a acceder a ella” – considerando primero -, y sin que el requerimiento dirigido a éste y el depósito del precio realizados antes de esa fecha implicara anticipación en el ejercicio del derecho, ni se infringiera la ley del contrato; sólo significaba un aviso de que el vendedor se proponía utilizar el retracto el día convenido – considerando segundo -.

Procede ahora introducir otra interesante cuestión: ¿qué ocurre si la compraventa aderezada con el pacto de rescate se sujeta a una condición suspensiva?

La perspicua voz de Aubry y Rau⁴⁶, siguiendo el camino trazado por Guillaud⁴⁷, entiende que el límite máximo temporal fijado por el C. C. – cinco años en Francia, diez en España -, no hay que computarlo desde la fecha del contrato – entre nosotros, y como rige la teoría del título y el modo para la adquisición del dominio, desde la consumación del mismo -, sino desde el momento de la verificación de la condición⁴⁸. Es en ese momento cuando el negocio-base surte sus normales efectos, hasta tanto paralizados.

Como señala Scaevola⁴⁹: “es muy frecuente en la contratación de inmuebles idear una condición suspensiva, por cuya virtud el comprador no se obliga a entregar el precio (ni, por lo tanto, se consolida la venta) hasta que el vendedor haya inscrito la transmisión y cancelado todas las cargas que pesaran sobre el inmueble transmitido”. Continúa preguntándose el ilustre comentarista: “¿No es factible que por diferentes obstáculos imprevistos que requieran diligencias complicadas y aun la incoación y resolución de un juicio, se retrase la inscripción de la venta o la cancelación de gravámenes, y se dé

⁴⁶ *Droit Civil Français*, sixième édition refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par P. Esmein, Paris, 1952, p. 115, nota 4.

⁴⁷ *Traité de la vente & de l'échange (livre III, titres VI et VII du Code Civil)*, tome second, Paris, 1890, n° 653, p. 190.

⁴⁸ En idéntico sentido = Hamel, J.: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, par M. Planiol et G. Ripert, deuxième édition, tome X, première partie, Paris, 1956, p. 226; Degni, F.: *La compraventa*, traducción y notas de Derecho Español de F. Bonet Ramón, Madrid, 1957, p. 213; Rubino, D.: *La compravendita*, cit., ristampa della seconda edizione riveduta e ampliata, p. 1045; Mirabelli, G.: *La vendita* ..., cit., p. 133; Ghestin, J., et Desché, B.: *Traité des Contrats. La vente*, Paris, 1990, n° 573, p. 639.

⁴⁹ *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 377.

entonces el contrasentido de computarse el plazo del retracto desde la fecha del contrato, cuando el vendedor no había recibido aún el precio? ¿Cómo podrá correr el término de restitución si aún no se ha efectuado la entrega?⁵⁰”.

En el caso propuesto, es la percepción por el vendedor de un precio cierto lo que determina que el mismo se desprenda, aunque resulte recuperable o retornable temporalmente, de la propiedad del bien para transferírsela al comprador, merced a la preceptiva *traditio*.

El comprador adquirirá el dominio sobre la cosa al tiempo de verificarse la condición suspensiva (cfr. art. 1114 C. C.), puesto que la celebración del negocio-base le confiere, *pendente condicione*, sólo una expectativa de adquisición de la propiedad y, por lo tanto, no habrá nada que rescatar antes de ese trance. El derecho que dimana del pacto retractual se presenta, siquiera sea mediatamente, sujeto también a la condición suspensiva de la compraventa-cimiento; si no acaece el acontecimiento que constituye la condición, no es operante tampoco el *ius redemptionis*.

4.5. La prórroga del *ius redemptionis*:

Inmediatamente después de lo expuesto, el siguiente eslabón en el análisis del aspecto temporal en el derecho recuperador es el atinente a la prórroga.

La antiquísima S. T. S. de 16 de diciembre de 1884, en su considerando tercero, admitió, sin ambages, la compatibilidad entre la compraventa con pacto de rescate y la prórroga acordada para el plazo redentor, en tanto que encarnan “dos convenios distintos y perfectamente conciliables”, prórroga admisible así en relación con el término recuperador convencional, cuanto frente a su sosias legal.

Si lo primero representa, ante la ausencia de prohibición al respecto en el Código Civil español y en los principios generales que inspiran y disciplinan toda la materia de retractos, una afirmación incontrovertida, es cuestión

⁵⁰ Scaevola, Q. M.: *Código ...*, cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 377.

pacífica también la aceptación⁵¹ de su licitud en lo tocante al término subsidiario legal; cabría aducir, en sentido inverso, que los contratantes que omiten pronunciarse acerca de la duración del derecho retractual, acatan lo que estipula el Código, y no disfrutan de la posibilidad de modificar después el plazo cuatrienal. Sin embargo, frente a ello, García Cantero⁵², en un razonamiento que suscribo en su integridad, considera plausible el acogimiento de la prórroga de tal término supletorio legal del artículo 1508, primer inciso C. C., puesto que “las partes, al contratar, saben que si callan se aplicarán los designios del precepto, y que su silencio en este punto converge en una estipulación tácita de este último plazo”.

Asimismo, apelando a otro argumento no menos convincente, hay que señalar que, si se permite la prórroga cuando los interesados estipulan, con carácter expreso, un plazo de cuatro años, no se aprecia evidencia alguna que induzca a afirmar que igual duración de un mismo derecho, por el simple hecho de venir fijada *ex lege* – ante el silencio de las partes – motive la improcedencia de aquélla. Los contratantes no tienen necesidad de concretar el tiempo de vigencia del *ius redemptionis* cuando les interesa el cuatrienio, porque conocen que, por obra de su silencio, operará *ipso iure* semejante término.

La aceptación de la prórroga se halla, sin embargo, supeditada a las siguientes exigencias que, ineludiblemente, ha de observar:

1. Debe, sin excepción posible, acordarse antes del *dies fatalis* marcado para el final del término y simultánea caducidad del derecho de retracto⁵³, ya que no se puede prorrogar lo extinguido jurídicamente; una vez concluida la hora vigésimo cuarta del *dies ad quem*, el dominio del comprador se reafirma, pasa su reválida y afianza su plenitud, hasta ese momento afectada por la nota de interinidad o provisionalidad.

2. Tal extensión del término inicial ha de proceder de un adicional pacto o

⁵¹ Por ejemplo: Manresa y Navarro, J. M^a.: *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen 1º, 6ª edición, p. p. 436 y 437; Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen 2º, 2ª edición, p. 375; Puig Peña, F.: *Tratado* ..., cit., tomo IV, volumen II, 2ª edición, p. 160; Albácar López, J. L.: *Código Civil* ..., cit., tomo V, 1ª edición, p. 396; etc ...

⁵² *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 572.

En contra, Serrano, E.: voz “retracto convencional” ..., cit., p. 500.

⁵³ Vid. la S. T. S. de 28 de marzo de 1944 – considerando 5º a) –.

convenio *inter partes*⁵⁴. A diferencia, por ejemplo, de la renuncia al derecho retractual, que obedece sólo a la voluntad de su titular, la prórroga precisa de un acuerdo bilateral.

En ese sentido, no cabe que la conceda la autoridad judicial, dado que no se adivina norma alguna que lo autorice, y no se trata de un supuesto previsto en el artículo 1124 C. C. A este respecto, el Código galo, más explícito que el nuestro, dispone en su precepto 1661 que: "el término es imperativo y no puede ser prolongado por el juez"⁵⁵.

3. El tiempo de la prórroga – o prórrogas –, sumado al propio del primitivo término retractual – convencional o legal – no ha de rebasar la década⁵⁶.

En consecuencia, si se conviene una prórroga cuya duración, adicionada al término original supere los diez años, resulta nula en cuanto al exceso – igual que ocurría si el plazo primeramente fijado lo sobrepasaba⁵⁷ –, a excepción de que los interesados hubieran previsto el entendimiento o conversión del excedente temporal en un pacto de reventa – de tinte obligatorio – por esa exacta duración suplementaria, para lo que habría de apelarse a una labor interpretativa de la voluntad de las partes.

Nada obsta, por otro lado, a que el número de las prórrogas sea plural, eso sí encadenadas todas ellas a idénticas limitaciones o requerimientos que la primera de tales: su nacimiento por mor del oportuno acuerdo bilateral; la interdicción de fijar más de una prórroga con carácter anticipado o *a priori* – antes de la expiración del término inicial, o de la conclusión del tiempo de la prórroga anterior, cabe pactar una primera o segunda prórroga, respectivamente, mas sólo una cada vez, y no varias de forma anticipada en un único convenio⁵⁸ –; o el respeto exigido a la duración máxima imperativa de la década.

⁵⁴ R. D. G. R. N. de 4 de agosto de 1893 – resultando cuarto –.

⁵⁵ "Le terme fixé est de rigueur, et ne peut être prolongé par le juge".

⁵⁶ S. T. S. de 26 de mayo de 1930 – considerando segundo –.

⁵⁷ *Vid.*, respecto a ello, el art. 1501, 1 del Código transalpino.

⁵⁸ Así, Gómez Corraliza, B.: *La caducidad*, cit., p. 324.

En franca oposición a esa observancia del límite decenal, la tesis de Santamaría se presenta como una interpretación abrogante o deformadora del artículo 1508, 2º inciso C. C., porque, no convencido de la idea de que el tiempo conjunto de la prórroga o prórrogas, computado de consuno con el del plazo inicialmente estipulado, acate la barrera insuperable de los diez años, arguye que: “valdría la pena de considerar más detenidamente si no sería más propio estimar que el precepto sólo ha querido prohibir las estipulaciones que vinculen al comprador por más de diez años, pues no se ve la utilidad de obligar a las partes a acudir al expediente de otorgar, en lugar de una prórroga del plazo del retracto, una opción de compra⁵⁹”.

Según su planteamiento, mediante la sumisión, en cada sucesiva fijación de un término adicional para el rescate, al tope de los diez años, se podría mantener subsistente por tiempo inmemorial el derecho recuperador, lo cual choca frontalmente, amén de con la letra y la *ratio legis* del artículo, con la propia esencia de la institución de la caducidad.

4. En el caso de existencia de una prórroga, el *dies a quo* del período temporal estipulado para la misma principia a contarse desde el día siguiente a aquel en que el término de vigencia previo – fuera el originario o una prórroga anterior – expire⁶⁰.

5. Es menester tomar nota del otorgamiento de la prórroga en el Registro, al objeto de que surta efectos frente a terceros.

A través de la constancia registral del alargamiento del tiempo inicialmente previsto para el rescate, se consigue asegurar el derecho del vendedor durante un plazo superior, y conjurar así la consolidación registral de la adquisición dominical del comprador, impidiendo que éste disponga del bien como libre.

Si se concede la prórroga del derecho recuperador y no se refleja ello en el Registro de la Propiedad, y sí se plasmó en él la existencia del poder rescatador, el nuevo comprador – adquirente del comprador a retro – podrá rechazar con éxito la acción retractual, de interponerse fuera de los márgenes

⁵⁹ Santamaría Cristóbal, J. L.: *Comentarios al Código Civil*, cit., tomo II, p. 542.

⁶⁰ S. T. S. de 28 de diciembre de 1864 – considerando tercero –.

del término primigenio, aunque no haya expirado aún el tiempo de la prórroga.

Conforme al antiguo artículo 177 R. H., el vendedor salvaguardaba su derecho si publicaba registralmente la prórroga en el ínterin que mediaba entre el instante de su otorgamiento y el octavo día posterior al en que el primitivo plazo hubiere de perecer, dado que durante ese período temporal el derecho recuperador no podía fenecer, desde el punto de vista registral, sin el concurso de su expreso consentimiento⁶¹.

La referencia contenida en tal precepto 177 R. H. aludía de manera incidental a la publicidad de la prórroga, al permitir el asiento que "indique la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta", asiento que presentaba la forma de nota marginal. En la actualidad, luego de la reforma de dicho artículo realizada por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre, se prescribe por su párrafo primero que el asiento correspondiente al *ius redemptionis*, en tanto que derecho que tiene "un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelará por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento (...), siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento".

La relatada posibilidad de acordar una prórroga para el derecho de retracto convencional dulcifica o amortigua la dureza inmanente a la caducidad, lo que la convierte en una <<caducidad potencialmente diluida>> - <<caducidad impropia>> si se prefiere -, que lleva en su interior el germen de un posible alargamiento, a la que Gómez Corraliza – transmutando lo facultativo, probable, o hipotético en algo preceptivo o inorillable – dio en llamar <<caducidad atenuada>>⁶².

⁶¹ La nota de consolidación dominical de los artículos 177 R. H. - en su antiguo tenor - y 23 L. H. sólo podía practicarse pasados tales ocho días, y nunca de oficio, sino a instancia de parte interesada.

⁶² *La caducidad*, cit., p. p. 164 y 651 - con carácter general -; p. 604, con referencia, en particular, al derecho de retracto convencional: "Además puede considerarse - habla del artículo 1508 - también como un supuesto de <<caducidad atenuada>>, ya que se admite de modo unánime, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la prórroga (o prórrogas) del plazo, aunque con la limitación de que el plazo convenido más la prórroga no excedan de diez años."

Propuso la denominación en su artículo: *Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad*, en *La Ley*, 88-4, Madrid, 1988, p. p. 808 y 816, que recibió el pronto acogimiento de la jurisprudencia, plasmado en las Ss. T. S. de 18 de octubre de 1988 - fundamento de derecho primero - y 19 de febrero de 1990 - fundamento de derecho segundo -.

Además, el autor citado⁶³ estima que el término fijado por las partes (artículo 1508, 2º inciso C. C.) es un supuesto de <<caducidad convencional>>, cuando, al igual que ocurre en el término subsidiario legal de cuatro años, nos encontramos en presencia de un caso de caducidad legal impropia, pues se tolera – según se ha visto – la prórroga de ambos.

La facultad conferida a los interesados para que gradúen el término retractual, con el límite de diez años, no supone <<caducidad convencional>>: las partes no determinan la caducidad del derecho – no lo hacen motu proprio caducable –, ni convierten un plazo de prescripción en uno de caducidad, simplemente concretan la duración de un derecho abocado a caducidad, a través de una autorización que se les atribuye *ex lege*.

Por último, conviene señalar que cabe admitir la validez del acuerdo de reducción del término retractual.

El acortamiento convencional de un derecho disponible, en virtud de la voluntad privada de las partes, no atenta contra el interés público perseguido por la institución de la caducidad, cual es la defensa de la seguridad jurídica; antes bien, acerca en el tiempo la eliminación de toda incertidumbre al disminuir los plazos estipulados con anterioridad por ley o por convención privada. Se puede, en suma, practicar tal abreviación siempre que, como apunta Limpens⁶⁴, no se transforme en un veneno de daños y perjuicios para los terceros.

⁶³ *La caducidad*, cit., p. 604.

⁶⁴ *La vente en droit belge, avec la collaboration de J. Heenen, J. Matthys, E. Gutt et J. Van Damme*, Bruxelles – Paris, 1960, n° 2154, p. 749.

CAPÍTULO V: EL CARÁCTER REAL DEL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL.

5.1. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales antes y después de la Codificación:

Con el directo pero mediato antecedente de las Partidas (5,5,42)¹, cuya diamantina expresión no permitía sino una interpretación monodireccional, se sostuvo, entre nosotros, en la esfera doctrinal el talante meramente personal de la acción rescatadora.

Originalmente dicha caracterización alcanzó extrema firmeza, de forma que si el comprador inicial no se hallaba en disposición de restituir la cosa al vendedor -retrayente- cuando éste decidiera ejercitar su derecho, el mismo carecía de mecanismo para reclamársela al tercero -subadquirente-, y debía contentarse con recibir de aquel primitivo comprador el *id quod interest*².

La acción, pues, únicamente cabía ser dirigida contra el primigenio adquirente: no procedía sino reconvenirle a él. Y si no podía devolver la cosa por haberla enajenado, o bien no le resultaba posible restituirla en idéntico estado al en que la recibió a causa de haberla gravado con censo, hipoteca o de cualquier otro modo, debía indemnizar al vendedor³.

Junto a tal ortodoxa postura, coexistió otra que recomendaba que, al tiempo que se encapsulaba en la venta-base el pacto retractual, se concertara *in continenti* la convención de no enajenar. Con ello se facultaba que el

¹ Partidas (5,5,42): "Por cierto precio vendiendo un ome a otro alguna cosa, poniendo tal pleyto entre si en la vendita, que quando quier que el vendedor, o sus herederos, tomassen el precio al comprador, o a los suyos, que fuessen tenudos de tomarle aquella cosa que assi vendiesse: dezimos, que si tal pleyto fuere puesto en la vendita, que deue ser guardado: e si el comprador, o sus herederos, non quisieren guardar el pleyto, deuela pechar. E si el vendedor, o sus herederos, quisieren rescibir la pena, deuese partir de la cosa vendida; fueras ende, si el pleyto fue puesto, que tornasse la cosa, e pechasse la pena. E si pena non fue puesta en el pleyto, entonces el comprador es tenudo de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; e si en su poder non es, deue pechar el vendedor todos los daños, e los menoscabos, que le vinieron porque non torno aquella cosa, que assi auia vendido".

² Las Siete Partidas glosadas por Gregorio López, tomo II, Madrid, 1789, p. 693; Sánchez de Molina Blanco, J.: *El Derecho Civil Español* ..., cit., nº 1898, p. 354.

Encontró plasmación, en el campo normativo, en el artículo 639 del Proyecto de Gorosábel: "La acción del vendedor para la retroventa es personal, y solo puede dirigirla contra su comprador.": *Redacción del Código Civil* ..., cit. p. 143.

³ Así, el artículo 638 del Proyecto de Gorosábel = *Redacción* ..., cit., p. p. 142 y 143.

comprador disfrutara y gozara de la cosa, mas no se le permitía desprenderse del bien hasta la consunción del *dies ad quem* del término recuperador⁴.

En principio, por lo tanto, el vendedor sólo podía dirigirse frente al comprador primero - y sus posibles sucesores -, que era el único a quien tenía obligado por el contrato, el único susceptible de convertirse en demandado. Al tercero, en suma, le era factible la retención de la *res vendita*.

Ahora bien, si se adosaba ese pacto de no enajenar, la eventual segunda venta, en cuya virtud le llegara la cosa al presente poseedor devenía nula, lo que acarreaba que el primer comprador se viera compelido al recobro del bien y, acto seguido, a practicar la retroventa⁵.

Se perseguía con tamaña estipulación escrituraria la seguridad que en la actualidad proporciona el sistema registral. A través de la, cada vez más acostumbrada, inclusión de la referida cláusula se cincelo el remedio jurídico para sancionar la nulidad de la venta celebrada indebidamente.

Si se expresaba, por otra parte, en un feliz recurso al que se solía también acudir, que vendida - de nuevo - la cosa por el comprador, se considerara no efectuada la venta primera, dicha segunda enajenación motivaba el renacimiento del dominio del vendedor originario, lo cual le dotaba de una acción reivindicatoria con vistas a la reclamación del bien como suyo⁶. Se buscaba, por conducto de esta previsión, el medio de autorizar una acción directa de rescate contra el tercero, sin convertirla en francamente real; de lograr, dicho con otras palabras, los mismos efectos restitutorios.

La primera ley hipotecaria española, de 8 de febrero de 1861, no supuso ningún avance considerable ni iluminó en exceso la cuestión. Ordenaba, en su artículo 9,3º⁷, que en las inscripciones se hiciera constar la naturaleza, extensión, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho que se inscribía. La única mención al derecho recuperador aparecía integrada en el

⁴ El modelo del pacto con semejante convención se contiene en: *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo...*, por Don F. García Goyena y don J. Aguirre, Madrid, 1842, nº 3315, p. 12.

⁵ Sala, J.: *Ilustración...*, cit., tomo I, 3ª edición, nº 28, p. 289; Escriche, J.: voz "pacto de retrovendo", en *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, tercera edición, Madrid, 1847, p. 670.

⁶ Sala, J.: *Ilustración...*, cit., tomo I, 3ª edición, nº 28, p. 289; Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J.M.: *Elementos...*, cit., tomo II, 10ª edición, nº 235, p. 306; Del Viso, S.: *Lecciones...*, cit., tomo III, 5ª edición, p. 244.

⁷ En *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y Evolución*, tomo I, volumen I, Madrid, 1989, p. 338.

precepto 108, 9º,⁸ que vetaba la hipoteca de los bienes vendidos con pacto de retroventa, mientras el contrato-base no quedara irrevocablemente consumado o resuelto. De su lectura se colige, por ende, que no se dispensaba tratamiento real al *ius retrahendi*.

La ley hipotecaria siguiente, la de 1869, en clara oposición con el 108,9º del texto anterior, dio entrada en su seno a un artículo - el 107 noveno⁹ - que consentía la hipoteca de los bienes vendidos a retro, siempre que el comprador o su causahabiente limitara la misma a la cantidad que debiera recibir en caso de resolución de la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, al objeto de que si se retrayesen los bienes antes de cancelarse la hipoteca no devolviera el precio sin conocimiento del acreedor, de no concurrir para ello la pertinente autorización judicial. Con una referencia adicional, y era que se toleraba, asimismo, que el vendedor o su causahabiente hipotecara lo que valieran los bienes más de lo que debiera percibir el comprador si se resolviese la venta, pero en ese caso el acreedor no podría repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tuviera derecho, y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria.

La ley hipotecaria no plasmó, en consecuencia, de modo directo e inequívoco la naturaleza real del derecho retractual, y por lo mismo no lo declaró hipotecable. No obstante, deseosa de facilitar al vendedor con pacto de rescate la posibilidad de constituir su derecho en materia de crédito hipotecario, apeló al esquema explicitado en la norma aludida.

Simbolizó la aparición con pocos años de diferencia de las dos leyes, en especial la segunda, un ligero cambio en el estado de opinión jurisprudencial y registral. Se empieza a avizorar el arranque o desencadenamiento de un proceso que concluirá, pasado el tiempo, con la aceptación casi sin fisuras de la índole real del *ius redemptionis*.

Tal proceso se inició con la atribución a la acción rescatadora de un carácter mixto, reconversión que se operaba mediante la inscripción registral del derecho que la fundamentaba.

⁸ En *Leyes* ..., cit., p. 352.

⁹ En *Leyes* ..., cit., p. 532.

La R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1863 insistió con vehemencia en el tradicional cariz personal de la acción retractual, al igual que la también R.D.G.R.N. de 13 de febrero de 1864, que rechazó diáfananamente que nuestro derecho de recuperación, "por no ser de los reales", pudiera inscribirse independientemente.

A partir de ese instante, convivieron tres corrientes. La primera era férrea defensora de su naturaleza obligacional, y aparecía personificada en las Ss.T.S. de 17 de marzo de 1865 - considerando segundo en relación con el primero, que hablaba de una acción puramente personal -, 7 de abril de 1866 - considerando primero, que la calificaba, sin más, como acción personal -, 26 de noviembre de 1866 - considerando cuarto, similar a la anterior -, 24 de febrero de 1874 - considerando primero, según la cual en la demanda se ejercitó la acción personal para que se declarase que procedía la retroventa -, y 8 de febrero de 1875 - considerando tercero, que daba a entender lo mismo que la precedente -.

Al unísono, otras Sentencias del Alto Tribunal, cual la de 17 de noviembre de 1865 - considerando quinto - no se pronuncian, y en la *ratio decidendi* del fallo omiten caracterizarla.

En las restantes, por fin, se preconiza el talante mixto de la acción recobradora, siempre y cuando se anote determinadamente en los Registros, caso de las Ss.T.S. de 12 de diciembre de 1865 - considerando primero - y 12 de mayo de 1875 - considerando primero -.

La postrera solución recibió el patrocinio de algún autor, como Domingo de Morató, quien llegó a afirmar con brío que la acción emanada del pacto que nos ocupa, aunque participara de un notorio carácter personal, no suponía una simple acción obligacional, sino que pertenecía a las llamadas *in rem scriptae*, que toleraban ser dirigidas contra terceros poseedores. Justificaba su parecer interpelando al carácter revocable del dominio ostentado por el comprador primero y al aforismo *nemo dat quod non habet*, por cuanto -finalizaba- constituiría un absurdo el suponer que el últimamente citado hubiera podido transferir a un tercero un derecho absoluto, es decir, un derecho dotado de mayor vigor que el que se asignaba al suyo¹⁰.

¹⁰ Domingo de Morató, D. R.: *El Derecho Civil Español*..., cit., tomo segundo, segunda edición, nº 1848, p. 427.

El origen de las acciones personales *in rem scriptae* hay que situarlo en Roma. Eran aquellas que naciendo de una obligación personal afectaban a cosa cierta¹¹ y, habida cuenta de que le correspondía esa naturaleza a la acción retractual, se acudió a su ropaje jurídico para obtener la retroventa, puesto que no existía una acción especial para semejante *ius redemptionis*.

Y hé ahí que la acción *in rem scriptae* pasó al derecho patrio como acción mixta de personal y real, pulcra manifestación de lo cual fue la tesis de Domingo de Morató recién referida. Personal, ya que se solicitaba lo convenido, y real, dado que lo pactado atañía a la cosa al cumplirse - *in executione* -.

Suponía una especie de figura intermedia entre el derecho real y el de crédito, un *tertium genus*, ni un *ius obligationis* ni un *ius in re*. Entronizaba una figura de tránsito en el proceso que conduce desde el derecho personal en relación con un bien hasta el derecho real sobre él, a imagen y semejanza de como la había contemplado el derecho canónico en el siglo XIII, bajo los auspicios de Sinibaldo de Fiesce¹².

Era, pues, un *ius ad rem* entendido en su acepción de derecho real *in itinere*, separándose así de la tesis clásica bipartita que concebía el *ius ad rem* como sinónimo perfecto del derecho obligacional.

Vidriosa categoría esta de los *iura ad rem* que, en el presente siglo, fue revitalizada en España por Atard¹³, quien, sobre la estela del derecho inmobiliario alemán, lo consagra como la segunda clase de los derechos patrimoniales, con titularidad propia por su independencia sustancial. Se apoya en lo que la doctrina teutona denomina "vocación o llamada al derecho real" (*Beruf auf dingliches Recht*). Llamada que legitima para obtener la posesión o la utilidad económica de que aún no se dispone, para designar el derecho real hacia el que se camina; actúa como vocativo jurídico, se ampara en su proximidad y lo asegura ante la posibilidad o la eventualidad de que el derecho no llegue o se nos escape de las manos. Híbrida construcción que se emplea

¹¹ *Digesto* (4,2,9,p.8°).

¹² Sobre este punto, vid. Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español* ..., cit., tomo II, volumen primero, 14ª edición revisada y puesta al día por G. García Cantero, Madrid. 1992, p.p. 54 y 55.

¹³ Atard, R.: *Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica*, en R.D.P., tomo XI, Madrid, enero-diciembre de 1924, p.p. 273 a 286, especialmente p. p. 278 y ss.

para explicar la eficacia que pueden alcanzar ciertos derechos personales cuando tienen acceso al Registro y son anotados en él.

Hay que decir, en relación con ello, que en España se rechaza por la mayoría de la doctrina¹⁴, puesto que resulta escasamente útil y de perfiles delicuescentes. La inclusión en el Registro de la Propiedad de un derecho personal no trastoca su naturaleza jurídica¹⁵ para convertirlo en otro con eficacia *erga omnes*.

Pues bien, volviendo al análisis histórico, hay que reseñar que, poco a poco comienza a languidecer la teoría que contempla a la acción rescatadora como personal, y se aproxima con paso firme hacia su caracterización como real. La jurisprudencia se hace eco del general sentir, en la S.T.S. de 9 de febrero de 1878 - considerando segundo - y en la posterior R.D.G.R.N. de 21 de diciembre de 1886 - considerando primero -. En aquélla, se sostiene que el vendedor dispone de la acción para reivindicar la finca vendida, gracias al pacto de retro contenido en el contrato-básico. La segunda, asegura que el vendedor (en la carta de gracia) conserva un derecho que le permite rescindir el contrato primitivo entablando su acción contra cualquiera que se halle en posesión de la finca.

En el terreno doctrinal, Ondovilla y Durán¹⁶ establece que " los derechos del vendedor con pacto de retro no son meramente personales, y que la equidad y la buena fé demandan de consuno que la ley le otorgue una accion real contra terceros adquirentes ", agregando inmediatamente que " resuelta la venta ya no se trata de relaciones entre acreedor y deudor, ya no se encuentra el vendedor primitivo frente á una persona con quien le unen vínculos obligatorios, sino frente á una cosa sobre la que tiene indisputables derechos; ya no persigue el cumplimiento de una obligacion, sino la reivindicacion de lo que estuvo siempre en su dominio; luego con arreglo á los principios arriba expuestos la accion que le compete es de naturaleza real¹⁷ " .

La confusión de conceptos y el estado de incertidumbre no podía, en

¹⁴ Por todos, Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, 5ª edición, 4ª reimpresión, Madrid, 1995, p. 45.

¹⁵ *Vid.*, verbigracia, la R.D.G.R.N. de 19 de diciembre de 1974 -considerando cuarto- y la S.T.S. de 3 de marzo de 1995 -fundamento de derecho tercero-.

¹⁶ *Naturaleza del retracto convencional* ..., cit., p. p. 282 y 283.

¹⁷ *Naturaleza del retracto convencional* ..., cit., p. 284.

buena razón, continuar por más tiempo. Cabía adoptar una de estas dos soluciones: un criterio restrictivo, o bien uno amplio.

El acogimiento del limitativo hubiera mostrado un proceder contradictorio: admitir y reglamentar, por una parte, el retracto convencional para, después, hacerlo prácticamente infructífero. Ante una hipotética enajenación realizada por el comprador primigenio quedaba perdido todo derecho a la cosa, y subsistiría sólo la acción contra el mismo tendente a la oportuna indemnización de daños y perjuicios, por lo que el vendedor primero se guardaría sobre manera de recurrir a la cláusula rescatadora.

En cambio, si se preconizaba el criterio amplio, se reconocía la existencia legal del pacto - y del derecho recuperador - y, en armonía con ello, se le dotaba de eficacia *adversus omnes*; se afirmaba de modo terminante su carácter real, criterio a la postre consagrado en el Código Civil. En esto sigue el artículo 1510 del vigente texto los antecedentes plasmados en el 1439 del Proyecto de 1851 y en el 1537 del Anteproyecto de 1882-1888¹⁸.

La única objeción que podría levantarse frente a la redacción del actual precepto consiste en que la mención al corte real del derecho retractual no la efectúe de manera más explícita, a través de la presencia del correspondiente adjetivo, cosa que sí realizan la ley 576 de la Compilación Navarra o el artículo 326, 2 de la Catalana, y que hubiera facilitado considerablemente la descripción de la figura y ahorrado en méritos de ello evitables discusiones doctrinales.

Confirma la naturaleza o empuje real del derecho de rescate la sistemática de la L.H. En su artículo 107,8º se declara su hipotecabilidad, además de serlo también el dominio resoluble. Y, ya que sólo constituyen objeto de hipoteca los derechos reales (cfr. artículo 106, 2º), la reunión de ambas premisas determina por fuerza su patrón.

Y dicho carácter real lo corroboran, a partir de la fecha del Código Civil, las Sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones Registrales¹⁹.

¹⁸ Del art. 1439 del Proyecto de 1851 sólo le separa un leve matiz estilístico: el empleo del futuro "podrá", en lugar del presente "puede". *Vid.* García Goyena, F.: *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 416.

Coincide exactamente dicho art. 1510 C.C. con el art. 1537 del Anteproyecto de 1882/88. *Vid.* Lasso Gaité, F.: *Crónica ...*, cit., volumen II, p.703.

¹⁹ Ss.T.S. de 2 de diciembre de 1914 -considerando primero-, que extiende el carácter real al pacto; 27 de enero de 1928 -considerando cuarto-; 20 de mayo de 1943 -considerando quinto-; 3 de marzo de 1995 -fundamento de

Empero, a despecho de la contundencia en sus términos del artículo 1510 C.C., algunos pronunciamientos posteriores mantienen posturas largo tiempo atrás superadas; pintiparada manifestación de ello es la argumentación elegida por la R.D.G.R.N. de 24 de noviembre de 1921 - considerando sexto, defensora de la doble naturaleza real y personal del retracto convencional -, o la estampada en la S.T.S. de 25 de octubre de 1924 - considerando primero, partidaria de su esencia personal -, o la formulación inserta en la también S.T.S. de 4 de julio de 1988, muy similar a la acogida por la anterior decisión - fundamento de derecho segundo -.

No se aprecia, por otro lado, ningún obstáculo para que las partes pacten el *ius redemptionis* con eficacia o trascendencia meramente obligatoria o personal, derogando así el régimen normal del Código Civil. Tal posibilidad recibe consagración positiva en la ley 460,1 de la Compilación Navarra, en relación con los retractos voluntarios, aplicable *mutatis mutandis* al ámbito del retracto convencional.

En el Código Civil se contienen, al respecto del derecho recuperador, ciertas normas que resuelven determinados conflictos de intereses, cual la del artículo 1512, que protege la utilidad del comprador frente a los eventuales acreedores del vendedor y, a bien observar, concuerda con la reseñada en el artículo 107, 8º L.H.

Otra de esas normas aparece en nuestro artículo 1510 que, en sentido inverso, encierra un precepto de salvaguarda de los afanes del vendedor primero. Ahora, el interés sacrificado es el del tercer adquirente, incluso si desconociera (o no pudiera conocer) el pacto retractual.

Encarna este artículo 1510 la nota acaso más radical de la regulación codificada del derecho de rescate respecto a épocas pretéritas, y resuelve con mano maestra dos interesantes controversias: 1ª.- la cosa vendida con la cláusula recuperadora es libremente enajenable - en lo que insiste el 1511-; 2ª.- el vendedor o ulterior titular del *ius* se halla facultado para perseguir el bien *ubicumque sit*.

derecho tercero-.

Rs. D. G. R. N. de 10 de abril de 1900 - considerando primero -; 10 de septiembre de 1901 - considerando segundo-; 5 de noviembre de 1919 -considerando primero-; 27 de mayo de 1926 -resultando octavo-; 29 de julio de 1931 -considerando cuarto-; 31 de diciembre de 1934- considerando segundo-; 18 de octubre de 1994 -fundamento de derecho segundo en relación con el primero-.

En otro orden de cosas, aunque en el texto codificado se maneje la palabra “acción” (artículo 1517), no es necesario, a fin de declarar la voluntad de recuperar, un acto judicial. Cuando el legislador habla de acción, alude al poder recobrador, y no a la institución de un formal juicio. Si el titular retractual manifiesta, en el momento de su ejercicio, su declaración de voluntad recepticia, y el destinatario de ella - el retraído - se aviene a entregar la cosa al primero, no es menester que el *ius redemptionis* deje paso a su réplica guerrera, a la pertinente acción. Nuestro Código suele preferir, con acierto, la referencia al derecho: “ hacer uso del retracto convencional ” (artículo 1512), “ ejercitar este derecho ” (artículo 1514), “ ejercitar (...) el derecho de retracto ” (artículo 1516), “ hacer uso del derecho de retracto ” (artículo 1518), o la neutra mención del artículo 1520, relativa a un momento postreadquisitivo: “el vendedor que recobre la cosa vendida ”.

En cualquier caso, ello supone una cuestión baladí, de meros ápices, dado que la acción traduce el vivo reflejo del derecho del que emana, y comparte su misma esencia y substancia. Cuestionarse, pues, cuál es la acción que del retracto convencional nace equivale a dudar de la naturaleza del propio derecho. Esto lo sabían muy bien los romanos, quienes, en lugar de discutir acerca de derechos reales - categoría que vio la luz en el Medievo -, se referían a acciones reales.

5.2. Rasgos caracterizadores del derecho real de rescate:

El derecho de retracto convencional participa, por consiguiente, de una naturaleza real. Veamos los rasgos distintivos que lo individualizan.

Antes de nada, nos topamos con la perentoria necesidad de postular que supone un auténtico derecho subjetivo. Con ocasión de un negocio surge en beneficio de una persona - el vendedor - un poder para readquirir una cosa independientemente de cualquier otra relación con ella; derecho que ostenta la etiqueta civil por su origen, finalidad y contenido, y que resulta inmobiliario cuando recae sobre un bien inmueble (cfr. art. 334, 10º C.C.), y mobiliario si se proyecta sobre uno mueble, aplicación positiva de la regla «*jus assumit naturam rei pro quâcompetit*».

Aglutina en su seno, como todo derecho subjetivo digno de merecer tal apelativo los tres elementos cuya reunión en una sola entidad (o integración en una unidad jurídica) se antoja esencial para su existencia = un titular concretamente señalado, una cosa perfectamente identificada en el papel de objeto y, por último, un afán respaldado por el ordenamiento.

El primero, el sujeto activo, ha de serlo a título inicial - con carácter forzoso - el vendedor; después, eventualmente, sus herederos o cesionarios. Dicho vendedor disfruta de una adquisición originaria, pues la atribución de la titularidad del derecho coincide con el propio nacimiento del *ius redemptionis*. En una palabra, ese derecho es ostentado *ex novo* por su titular, y sin que encuentre soporte en ninguna otra transmisión previa.

Respecto al sujeto pasivo, y al margen de que se comparta la teoría clásica o la obligacionista, partidaria del sujeto pasivo indeterminado y universal, se impone decir que no hay ningún obligado en sentido propio, si bien señaladas y específicas personas, por su especial situación respecto a la cosa retraída quedan sujetas con ciertas cargas al ejercicio de aquél (el comprador o causahabiente, el poseedor del bien por cualquier título, etc.). Se trata de un sujeto pasivo especial, al que en ocasiones se denomina "retraído" para contraponerlo al "retrayente" o titular activo.

El segundo, el elemento objetivo, se refiere, por lo general a cosas o bienes inmuebles, mas nada impide - de hecho, la práctica jurídica ofrece ejemplos - en que afecta a muebles o derechos incorporales²⁰. El bien, susceptible de identificación, debe ser conocido desde el momento del nacimiento del derecho, con vistas a precisarse su carácter ajeno o no respecto al titular presente de éste, ya que la facultad rescatadora encarna un *ius in re aliena*.

El tercero lo supone su contenido: la facultad de recuperar el bien de manera onerosa.

Constituye un derecho de tracto único, en el sentido de que la actualización de su contenido, o lo que es igual, su ejercicio, origina su consumación o extinción.

La eficacia del poder rescatador precisa, en concepto de contrapartida,

²⁰ Vid., la ley 460, 3 de la Compilación Navarra y el epígrafe 2.1.4.1.

de la realización de ciertos desembolsos: pago del precio, etc..., que constituye un *minimus*, acompañado por otros capítulos sujetos a la energía dispositiva de las partes. Asimismo, otorga una pretensión contra los demás para que no estorben el ejercicio de ese poder, justamente la faceta o aspecto externo caracterizador de los derechos reales. Recae directa e inmediatamente sobre la cosa, concreta y determinada, y autoriza dentro de cierto tiempo a recobrar la propiedad sobre ella, de manos de quien - ahora - ostente el bien; todo ello, conjugado con el respeto a los principios hipotecarios.

En efecto, es un derecho real, que cumple los requisitos exigidos en la delineación de la figura.

Existe la inmanencia sobre la cosa, no entendida en su significado tangible o corporal; lejos de ser un poder de hecho, es un poder intencional de voluntad que la mantiene sujeta al influjo de la libre decisión del titular²¹.

Ostenta un carácter intransitivo, toda vez que no es de recibo el desplazamiento del *ius* de un objeto a otro, salvo por la extinción del antiguo derecho y la creación de uno nuevo.

Además, se observa una palmaria inherencia del derecho sobre el bien, al que acompaña en sus andanzas; punto éste que ha servido a ciertos autores para concentrar las críticas a la postulación del carácter real de la figura.

Tal es el caso de Blasco Gascó²², para quien no cabe hablar de derecho real, en general, para referirse a los llamados derechos de adquisición preferente y, en concreto, para aludir al derecho de retracto convencional, porque en ninguno se verifican - a su juicio - los atributos propios de semejante grupo, cual la inmediatividad y la absolutividad, según la concepción clásica o tradicional del mismo. No implica el *ius redemptionis* - estima - un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino la posibilidad de oponerlo a los derechohabientes del adquirente, luego, "al pacto de retroventa debe considerarse más como una estipulación con eficacia real que como un verdadero y propio derecho real²³".

Alvarez-Caperochipi²⁴, bajo parecidas concepciones, considera que el

²¹ Vid., por ejemplo, la R.D.G.R.N. de 27 de mayo de 1926 - considerando cuarto -.

²² *Derechos Reales* ..., cit., § 76, n° 278, p. 612.

²³ *Derechos Reales* ..., cit., § 76, n° 278, p. 612, y § 78, n° 284, p. 618.

²⁴ *Curso de Derechos Reales*, cit., tomo II, 1ª edición, p. p. 96 y 97.

derecho rescatador disfruta de una acentuada naturaleza personal, cualidad que no abandona no obstante la posibilidad de su acceso al Registro, inscripción que sólo le otorgaría eficacia frente a terceros.

Más lejos en sus manifestaciones había ido Díez-Picazo - primero en solitario, y a *posteriori* de consuno con Gullón²⁵ -. En su opinión, esos derechos reales de adquisición "no son reales, pero tampoco son derechos subjetivos, sino "simples facultades de adquisición", insertables en la discutida clase de los derechos potestativos. Y, sin embargo, el titular puede hacerlos efectivos también frente a los sucesivos adquirentes de la cosa, por lo que suponen "derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros", pero ello no autoriza - finaliza - a calificarlos como derechos reales, por cuanto no conceden a su sujeto activo ese referido poder directo e inmediato sobre la cosa²⁶.

Frente a tales radicales consideraciones, comparto la tesis de Sancho Rebullida²⁷, para quien la "inmediación", típica de los derechos reales, no radica tanto en la actuación, o posibilidad de actuación, directa sobre la cosa, cuanto en la actuación sobre ella, sin intermediación del propietario. Pueden ejercitarse cualquiera que sea el *dominus* actual. No inciden sobre la conducta de la persona sino sobre la cosa, a la que siguen durante todas las vicisitudes y cambios.

Particular es la postura defendida por Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill²⁸, quienes arguyen que el derecho de retracto convencional encierra un gravamen real, inscribible al afectar a los inmuebles, pero que no inviste de *ius in re* alguno, y si se emplea el adjetivo "real" es únicamente a fin de referirse a la trascendencia que alcanza. Posee -a su entender- la naturaleza jurídica de un derecho potestativo de readquisición de vida tasada.

Sólo sería derecho real²⁹ el *ius redemptionis* - prosiguen -, si se

De modo similar, Lasarte Álvarez, C.: *Principios* ..., cit., tomo tercero, 4ª edición, p. 213.

²⁵ Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen segundo, Madrid, 1978, nº 38, p.73 - hoy corresponde al volumen tercero, cuarta edición, Madrid, 1995, p.p. 102 y 103 -; Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema de derecho civil*, volumen III, sexta edición, Madrid, 1997, p.593.

²⁶ Análogamente Marín Pérez, P.: *Derecho civil*, cit., volumen III, Madrid, 1984, nº 151, p. 248; y en el volumen II de la misma obra, Madrid, 1983, nº 71, p. 247.

²⁷ Sancho Rebullida, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil* de J. L. Lacruz Berdejo, Derechos Reales, volumen segundo, segunda edición, Barcelona, 1991, § 61, nº 351, p. p. 432 a 434.

²⁸ *Derecho Hipotecario*, 8ª edición, tomo V, p. p. 584, 617, 632, 635, 636 y 637.

²⁹ *Ídem*, p. p. 635 y 636.

manejase con sentido relajado la terminología, esto es, si se hablara de **derechos reales en sentido lato, categoría que engloba a:**

- 1.- los derechos reales *stricto sensu*.
- 2.- las cargas o gravámenes inmobiliarios propiamente dichos, investidos de acción real.

Sólo atribuyen un derecho personal, pero que sin necesidad de inscripción entrañan carga o gravamen real sobre fincas y, por tanto, resultan plenamente inscribibles por encontrarse comprendidos dentro de la amplia fórmula de "los demás derechos reales sobre inmuebles" que emplea el art. 1,1 L.H.³⁰.

5.3. Su acceso al Registro de la Propiedad:

Al recaer el derecho real recuperador sobre bienes inmuebles, el acceso al Registro de la Propiedad acontece en virtud de la general prescripción del art. 2, 2 L. H., que proclama inscribibles: " los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*". Sabemos ya que no existen reglas especiales de forma para el pacto de retracto convencional, al igual que no las hay para el contrato de compraventa, aunque, en el caso de que se desee hacer constar el derecho en el Registro, al intento de que pueda generar efectos *ultra partes* se habrá de plasmar la cláusula en documento público (artículo 3 L.H.). Y, si bien lo normal será que figure en la misma escritura de compraventa, en cuyo caso accederá al Registro ex art. 2, 1 L.H, nada impide que, respetando la tan aludida regla de la "unidad de acto" - con tal de que compongan una integridad funcional -, el contrato-base y el pacto accesorio se documenten en dos escrituras distintas. Si ocurre esto, la primera accederá al Registro de la Propiedad gracias a la mención del citado artículo 2, 1 L.H., y la segunda, con independencia del intervalo temporal que transcurra respecto a la inscripción de la compraventa, merced a la redacción del artículo 2, 2 L.H.

³⁰ *Ídem*, p. p. 581 y 582.

En ese caso, concurren dos accesos temporalmente separados al Registro de la Propiedad: primero, el de la venta; segundo, el del pacto. La eficacia *ultra partes* de este último, como es bien lógico, sólo transcurrirá desde su inscripción, de lo que se colige que la cláusula - y, en consecuencia, el derecho rescator - resultará inoponible a quienes hayan hecho constar su adquisición del comprador entre las dos transcripciones, pues los títulos referidos en el artículo 2 L.H. y no inscritos, no perjudican a tercero que sí inscriba su respectivo título, según determina el artículo 32 de idéntica ley. Entre las partes contratantes, la formalidad de la transcripción carece de relevancia y el vendedor, dentro del término convencional - o supletorio legal -, dispondrá de la posibilidad de rescatar el bien, incluso si del pacto - derecho - nada consta en los libros públicos.

De cualquier manera, a pesar de que puedan constar el contrato y el pacto en documentos diferentes, y de que no se produzca su ingreso registral simultáneo, al ser la cláusula pieza - con aquél - de un único mecanismo negocial, la inclusión del derecho de retracto convencional no se opera mediante un asiento autónomo, sino embebido en el de la inscripción de venta, expresando a un tiempo el Registro las particularidades de la transmisión de la finca, así como los extremos relativos al derecho real de rescate, de conformidad con los artículos 9 L.H. y 51 R.H.

De ello se desprende que el Registro de la Propiedad publicará dos titularidades diferentes: una, la del adquirente, asociada a eventual resolución si se usa en tiempo y forma apropiados el retracto. Otra, la segunda, la correspondiente al vendedor - retrayente -, un derecho de readquisición. Dos valores patrimoniales, ya que representan un ámbito de poder evaluable en dinero, separables, distintos, ambos dotados de eficacia real, que pueden ser enajenados e hipotecados con independencia uno del otro (art. 107, 7º y 8º, respectivamente, de la L.H.).

Si se concede la prórroga del derecho de retracto convencional, conviene lograr la constancia de la misma en los libros públicos, con objeto de que permanezcan asegurados los derechos del vendedor - titular retractual - durante un término y, en vista de ello, impedir la consolidación registral de la adquisición por el comprador, imposibilitando que, si éste dispusiera de la cosa

como libre, apareciese un tercero protegido por la fe pública hipotecaria.

El artículo 177 R.H., antes de la reforma operada por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre, que le ha otorgado una nueva redacción, disponía que el vendedor salvaguardaba su derecho - con la mención «asiento que indique la modificación del contrato de venta» - si publicaba la prórroga en el lapso temporal comprendido entre el momento de su otorgamiento y el octavo día siguiente a aquel en que el término rescator originario se extinguiera, toda vez que durante ese período el *ius redemptionis* no podía expirar a efectos registrales sin su expreso consentimiento. Hogaño, la más general redacción del vigente artículo 177,1 del R.H. estatuye que la cancelación por caducidad del asiento relativo al retracto convencional se efectuará una vez que hayan transcurrido cinco años desde su vencimiento, “salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento”.

La prórroga habrá de concederse mientras se halle vigente el derecho recobrador, y el asiento adoptará la forma de nota marginal.

Cuando una finca inmatriculada, con independencia de su carácter, ya sea rústica o urbana, aparezca anclada a la impronta de un derecho de retracto convencional, y la misma experimente una transmisión, si el Registrador no aprecia algún otro defecto que obstaculice la inscripción, procederá a reflejar la transferencia. La supeditación del inmueble a nuestro derecho de readquisición no representa ningún escollo de cara a esa inscripción del acto transmisivo, no obstante seguir proyectando su amenazadora silueta sobre el dominio del primer comprador y posteriores adquirentes del bien.

El derecho de redención convencional participa, pues, de esa indiscutible esencia real y arma a su titular con la energía jurídica para readquirir la cosa, con un *ius persecuendi* ejercitable en principio frente a todos los miembros de la colectividad, dirigido a recobrarla doquiera que se halle, con plasmación en la clásica fórmula «*Ubi res mea invenio, ibi vindico*»; readquiriéndola libre de las cargas y gravámenes que se le hubieran impuesto (artículo 1520 C.C., salvo en lo concerniente a los arrendamientos de buena fe establecidos según

la costumbre local) después de la constitución del retracto.

De forma que al titular le será dable recuperarla, no sólo del comprador mientras yazga en manos de éste, sino también - objeto de diáfana y explícita mención por el artículo 1510 C.C. - de cualquier adquirente posterior, con la salvedad de que este último, por haberla obtenido como libre y verificar las restantes exigencias estipuladas *ex lege*, vea mantenida excepcionalmente su adquisición. Adquisición que, - como con agudeza señala Albaladejo - en lo referente al gravamen que el derecho de retracto representaba se efectúa a *non domino*, dado que el transmitente carecía de poder para transferirla como libre³¹. El pacto recuperador crea la aparición de una relación jurídica, caracterizada en su lado activo por la tendencia a permitir la reapropiación del objeto, y en su polo pasivo por el vigoroso influjo del poder recuperador, que se extiende sobre sucesivas transmisiones, y que le dota de efectividad *erga omnes*.

El retracto convencional no puede prevalecer contra el que disfrute de la condición de tercero hipotecario (artículo 37,1 L.H.) - a diferencia del retracto legal, que prevalece incluso contra éste (artículo 37,3 L.H.), pues persigue un fin de utilidad o interés supraindividual: es un instrumento de política legislativa, y su origen normativo le confiere mayor publicidad (superior a la que pueda extraerse del Registro de la Propiedad) -.

La referencia, por lo demás, que la última parte del art. 1510 C.C., practica a las prescripciones hipotecarias incurre en redundancias y resulta innecesaria, máxime a la vista del artículo 1537 C. C., solitario integrante del capítulo VIII, título VI, libro IV.

5.4. El ejercicio judicial y extrajudicial del derecho recuperador. La posición de los terceros:

A continuación, el rigor lógico exige plantearse la cuestión siguiente: ¿quién puede hacer valer, y contra quién, el derecho de retracto convencional?

³¹ *Derecho Civil*, cit., tomo III, volumen segundo, 8ª edición, p. 388.

A lo primero se debe responder que no sólo el vendedor - el titular rescatador *ab origine* -, sino también sus causahabientes: tanto sus herederos (cfr. artículo 1257,1 C.C.) como la persona a quien se le haya transmitido a título oneroso o lucrativo, de igual manera que los acreedores de aquél - o acreedores del presente titular - con las limitaciones contenidas en el artículo 1512 C.C.

A la segunda parte de la pregunta la contestación es inconcusa: se puede ejercitar la acción - sustancialmente real - de retracto convencional contra el comprador - es una cláusula introducida en un contrato ordinario de compraventa, producto de la autonomía de las partes -, sus herederos (artículo 1517 C.C.), así como contra terceros adquirentes - sucesores a título singular -, y ello aunque en las sucesivas enajenaciones no se haya hecho mención del pacto recobrador (artículo 1510 C.C.) - su directa referencia a la segunda transmisión cabe extenderla al supuesto en que se haya dado una tercera o más enajenaciones -, al igual que contra cualquier persona que pueda invocar un derecho sobre el bien a causa de alguna relación jurídica - posterior al pacto - con el comprador (el originario o un subadquirente).

En una palabra, la acción de retracto convencional, encauzada a través del proceso correspondiente en función de la cuantía³², se puede utilizar frente al inicial comprador o ulterior poseedor que traiga su derecho de éste - siempre que no choque con los principios hipotecarios -. Se trata de obrar, no en concreto contra determinada persona, sino sobre el bien, por lo que los afanes recuperadores han de confluir frente al sujeto que actualmente ostenta la posesión de la cosa, incluso si dicha persona no tomó parte en el contrato-base ni en el pacto adjunto. Es por eso por lo que nuestra cláusula rescatadora, y el derecho que concibe, se apartan de la temática propia de los derechos de adquisición preferente. El retracto convencional no requiere la presencia de un tercero frente a quien se proyecte la prioridad, como en el tanteo convencional y legal y en el retracto voluntario y legal. No es necesario que el comprador originario se anime a enajenar de nuevo el bien; lo

³² S.T.S. de 22 de noviembre de 1962 - considerando cuarto -.

determinante se sitúa en la decisión unilateral del titular favorable al rescate.

Las partes, por otro lado, pueden restringir convencionalmente el alcance del *ius retrahendi*, estipulando, por ejemplo, que éste desaparecerá en caso de reventa por el comprador, o la disposición que precise que el vendedor será desprovisto del derecho recuperador si no cumple ciertas obligaciones en un plazo determinado: el vendedor es arrendatario y no paga la renta en un concreto momento, o se estipula que el rescate resulte ejercitable no más que contra el comprador y sus sucesores a título universal, mas no respecto a quien se hubiera revendido la cosa. O que únicamente al vendedor, y no a otro sujeto, le quepa recobrar, caracterizando a nuestro derecho con un toque personalísimo³³.

Mientras se ejercita el derecho de recuperación convencional por una sola persona respecto a una única cosa, apenas si se plantea algún problema. La dificultad brota en los casos de indivisión de la *res vendita* y pluralidad de sujetos activos o pasivos del retracto, disciplinada por el Código Civil en los artículos 1513 a 1517³⁴.

Poco importa, por otra parte, el precio de una hipotética subadquisición: el retrayente - primer vendedor - no reembolsa al retraído - segundo comprador, o tercero, o... - más cantidad que la que él hubiera recibido. Debe abonar lo mismo que pagaría al primer comprador, como si la cosa - en expresión de García Goyena³⁵ - continuase todavía en poder de éste, puesto que la medida del precio es la propia del contrato-básico en que se intercaló el pacto. El primer comprador no ha podido por su particular iniciativa, (re)vendiendo el bien, hacer más oneroso el empleo del *ius redemptionis*: *nemo ex alterius facto praegravari debet*. Peor para la suerte del subadquirente si el precio señalado para la segunda o posterior venta fuera superior al de la originaria, aunque podrá repetir por la diferencia contra su propio vendedor.

Viceversa, mejor para el peculio del subadquirente si la cuantía o importe del rescate resulta superior al precio de la (re)venta, esto es, al que él debió

³³ Supuesto contemplado por la R.D.G.R.N. de 31 de diciembre de 1934 - considerando tercero -, o por la S.T.S. de 29 de octubre de 1926 -resultando segundo, letra D-.

³⁴ Objeto de estudio en el capítulo 7.

³⁵ *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 417.

satisfacer por la cosa. El saldo positivo le aprovechará, y el retrayente habrá de abonarle aquél en su integridad, porque se reputa que el (re)vendedor - el comprador a retro - le ha cedido, al mismo tiempo que dicho bien todos los derechos que ostentaba respecto al mismo, ya jurídicos ya naturales, y en especial el derecho a la totalidad del precio retractual³⁶. Ello se cumple, según apunta Duranton³⁷, incluso si este segundo adquirente fuera un donatario, en atención a que ha recibido la cosa *cum omni causâ*, con la plenitud de derechos y ventajas que estaban ligados a ella, así como con el conjunto de las cargas que la atenazaban.

5.5. Configuración del *ius redemptionis* en el Derecho comparado: la posición francesa, italiana y alemana:

Cabe iniciar la sucinta referencia al derecho francés con una curiosa posición, la sostenida por el eminente Pothier, resultado de la cual el poder recobrador no despunta como un derecho que el vendedor disfrute sobre la cosa vendida con el pacto de retrovendendo. Es más bien - en su opinión - un derecho con respecto a la cosa vendida, un crédito de tal finca, que nace de la obligación que el comprador ha contraído, a través de la cláusula retractual, de sufrir el rescate, a cuyo cumplimiento se encuentra afecta aquélla. Y - agrega - que es más un *ius ad rem* que un *ius in re*³⁸.

Y si ese es el estado de cosas respecto al derecho, la acción que se le asocia consiste³⁹ en una rama de la acción personal *ex vendito*. Ve su origen en la referida obligación asumida por el comprador hacia el vendedor merced al pacto retractual, que forma parte del contrato de venta; y, por lo tanto, dicha acción nace del propio contrato.

La acción es personal real (*personelle réelle*), y resulta de ejercicio contra los terceros ostentadores de la cosa enajenada bajo tamaña condición, pues la finca aparece afecta al cumplimiento de la obligación que el comprador

³⁶ García Goyena, F.: *Concordancias...*, cit., tomo III, p. 417.

³⁷ *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*, quatrième édition, tomo neuvième, Bruxelles, 1841, n° 405, p. 449.

³⁸ *Oeuvres de Pothier annotées* ..., cit., deuxième édition, tome troisième, n° 387, p. 161.

³⁹ *Idem*, n° 395, p. 163.

ha dado en asumir por medio de la cláusula rescatadora⁴⁰.

Su peculiar y artificiosa construcción encuentra serios escollos, e incurre en una equivocidad de la que el propio autor se percata. Así, con un argumento defensivo, el jurista redarguye que se le objetará que la acción de rescate es una rama de la *actio ex vendito*, y que ésta constituye una acción sólo personal, que no admite más uso que contra el comprador y sus herederos u otros sucesores a título universal. En consecuencia, se dirá que con la acción retractual ha de ocurrir otro tanto⁴¹.

Ahora bien, como réplica a la citada objeción responde que, aun admitiendo que la acción *ex vendito* no es más que personal, no se proyecta sobre un objeto único.

Ostenta, sin duda - razona -, carácter personal en cuanto a su principal objeto, que resulta ser el pago del precio. Mas no debe concluirse que no pueda ser personal real respecto a otros objetos, cual es el del rescate. Nada empece a que una acción poseedora de muchas ramas o modalidades provenientes de distintas obligaciones que fluyen desde un mismo contrato y que, por consiguiente, tenga diferentes objetos, sea personal simplemente en lo concerniente a un objeto, y personal real frente a otro⁴².

La doctrina gala no se pronuncia unánimemente, a diferencia de la española, en favor del carácter real del derecho de recuperación.

En líneas generales, coexisten dos opiniones: la primera, observa en esa facultad del vendedor un derecho real (*droit réel*), y la piedra angular de su razonamiento radica en la ficción de la retroactividad que el artículo 1179 C.C. francés asocia como efecto al cumplimiento o advenimiento de toda condición.

Sostienen los autores patrocinadores de tal teoría que, cuando se ha ejercitado el rescate, se considera que el adquirente no ha sido nunca propietario. En resumidas cuentas, durante el término retractual el comprador disfrutaba de un derecho de propiedad auténtico pero resoluble, lo cual autoriza a afirmar - conforme a su tesis - que el vendedor gozaba de un derecho de dominio sometido a condición suspensiva⁴³.

⁴⁰ *Ídem*, n° 395, p. 163.

⁴¹ *Ídem*, n° 395, p. 163.

⁴² *Ídem*, n° 395, p. 163.

⁴³ Laurent, F.: *Principes de Droit Civil Français*, tome vingt-quatrième, troisième édition, Bruxelles-Paris, 1878, n°

La segunda opinión, a la que se concede el apoyo jurisprudencial, descubre en el poder del vendedor un derecho de crédito, (*un droit de créance*), un *ius ad rem* (en una de sus acepciones = sinónimo de derecho de crédito). Aquél se ha despojado, a raíz de la venta, de su derecho de propiedad en provecho del comprador, quien se ve, no obstante, amenazado en su dominio por la eventual resolución de la venta⁴⁴. El crédito del vendedor se basa en un derecho de exigir la restitución de la cosa por el ejercicio del rescate.

Por otro lado, el comprador primitivo está, respecto al vendedor a retro, obligado a la vez personalmente, en virtud del negocio que le vincula con su contratante, y realmente, desde el punto de vista de la cosa por mor de su tenencia⁴⁵.

El ejercicio del rescate se presenta bajo un doble aspecto:

- 1.- el cumplimiento de la condición, la verificación de la resolución.
- 2.- la reivindicación en virtud del rescate.

El primero corresponde al vendedor o ulterior titular del derecho de retracto convencional, lo cual motiva la resolución de pleno derecho tan pronto como aquél manifiesta usar el pacto (declaración de voluntad seguida por el reembolso del precio y los demás capítulos correspondientes⁴⁶). Ello implica que el vendedor (o ulterior titular rescatador) vuelve a ser propietario - retoma su cosa dice el artículo 1659 del Código -. Y si el comprador - o posterior adquirente - se niega a la restitución, procederá el recurso a la reivindicación.

Así lo confirma la letra del artículo 1664 C.C. galo, que permite al titular retractual - bien que sólo hable del vendedor - ejercitar su acción de rescate directamente contra un tercer poseedor, sin tener necesidad de demandar (*mettre en cause*) al adquirente originario (comprador a retro)⁴⁷, puesto que el triunfo de la acción rescatadora depende sólo de la apreciación

392. p.p 379 y 380; Josserand, L.: *Cours de Droit Positif Français*, II, deuxième édition, Paris, 1933, nº 1162, p. 608.

⁴⁴ Se habla en la doctrina francesa, a veces, para referirse a "los derechos reales de adquisición preferente", al no existir una teoría general de los mismos, de "droits éventuels". *Vid.*, por ejemplo, Verdier, J.-M.: *Les droits éventuels: contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Paris, 1955.

⁴⁵ Weill-Becqué, G.: voz "vente. Vente à réméré", *cit.*, p. 16.

⁴⁶ Los especifica el art. 1573, 1 C.C. francés: " les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. "

⁴⁷ Zachariae, C.S.: *Cours de Droit Civil Français*, traduit de l'allemand par C. Aubry et C. Rau, tome deuxième, Strasbourg, 1839, § 357, p. 543.

de elementos que se encuentran en el mismo contrato, incluso cuando el derecho retractual no hubiera sido declarado en el segundo (o ulterior contrato) (artículo 1664, *in fine*).

El precepto únicamente establece una posibilidad - " *peut* " dice - de dirigirse en vía directa contra el segundo (o tercer o cuarto comprador, pues no hay que ceñirse al tenor literal de la norma, en analogía con lo referido para nuestro artículo 1510 C.C.), si bien no está obligado a ello. No se priva, de ninguna forma, al vendedor de usar el derecho personal que posee contra el comprador primitivo en razón del contrato de venta. Al vendedor - retrayente - se le reconoce la expuesta alternativa, de suerte que si persigue al primer adquirente, es éste quien deberá demandar al tercero al objeto de obtener para el vendedor la reintegración de la cosa. De ello, en palabras de Troplong, se sigue que la acción del vendedor es real cuando se ejerce contra un tercer adquirente⁴⁸.

En suma, el retracto confiere al vendedor que lo ha estipulado una doble acción: acción personal, hacia el comprador con el que ha contratado; acción real, contra el tercero que ostentare la titularidad del inmueble al tiempo del rescate⁴⁹.

No existe en Italia, tampoco, una categoría de derechos reales de adquisición preferente. Se suele contemplar a la facultad recobradora como un supuesto de un derecho subjetivo potestativo⁵⁰, o bien, en otras ocasiones, forma abreviada de la anterior, simplemente como un derecho potestativo⁵¹.

Cabe definirlo como una atribución normativa, en contemplación de la cual su titular puede influir en situaciones jurídicas preexistentes cambiándolas, extinguiéndolas o creando nuevas, por medio de una actividad propia unilateral. En concreto, siguiendo a Messina, es menester afirmar que constituye un derecho potestativo extintivo, cuya finalidad consiste en resolver

⁴⁸ Troplong: *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, De la vente, quatrième édition, tome second, Paris, 1845, n° 729, p. 226.

⁴⁹ Así, el *Code Civil Annoté* par Ed. Fuzier-Herman, nouvelle édition refondue et mise à jour sous la direction de L. Jossierand, tome cinquième, Paris, 1940, p. 590.

⁵⁰ P. ej. Rasi, P.: *Il patto di riscatto nella compravendita*, Napoli, 1959, p. (329) 255.

⁵¹ Verbigracia, Puleo, S.: *Riscatto convenzionale nella vendita, condizione potestativa e diritto potestativo*, en Studi in onore di F. Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento, volume primo, Diritto Civile, Milano, 1959, n° 18, p. 379; Zatti, P. - Colussi, V.: *Lineamenti di Diritto Privato*, terza edizione, Padova, 1991, p. 467.

la compraventa-básica⁵².

Conforme a esa concepción, la declaración del rescatante (acompañada del pago del precio y los restantes desembolsos requeridos) produce *ex uno latere* y con eficacia retroactiva la resolución del contrato de venta. La manifestación de voluntad del rescatante es un acto que deviene también relevante para todos aquellos que están interesados en la situación jurídica creada por el pacto retractual. Estos no se encuentran obligados a cooperar con el titular para la satisfacción de su pretensión; pero, por otro lado, no pueden hacer nada al objeto de impedir semejante decisión, ni los efectos que acarrea. En el derecho potestativo, el instrumento que la ley pone a disposición del sujeto para la realización de su interés se compone sólo de un poder de la voluntad del mismo, y no también de una obligación fijada a cargo de otra persona. Asimismo, en tal derecho potestativo, a diferencia del derecho de crédito, se identifica una subordinación (*soggezione*) y no un deber jurídico⁵³.

Es más, se ha rechazado de plano por algún sector doctrinal transalpino la caracterización real del mismo. A su juicio - y en ello coincide con cierto autor español citado⁵⁴ - ese derecho carece de realidad y de absolutividad. No es necesario - estima Mirabelli⁵⁵ -, a fin de justificar la oponibilidad del *ius retrahendi* a los terceros causahabientes del comprador, atribuir carácter real a la posición del vendedor. Esa oponibilidad deriva de la limitación convencional que rota sobre la posición del comprador mismo, y no de la persistencia de un derecho del vendedor sobre la cosa (*sic*)⁵⁶.

El así llamado derecho al rescate (*cosidetto diritto al riscatto*) parece que hay que considerarlo una habilitación - rechaza que suponga derecho potestativo - para determinar la disolución (*scioglimento*) del vínculo contractual, atribuida a una de las partes del mismo contrato; se pone, pues, como una peculiaridad de la situación contractual del vendedor, que explica su

⁵² Messina, G., voce "diritti potestativi", en *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, tomo V, Torino, 1957, p. 738.

⁵³ Giorgianni, M.: *L'obbligazione*, Milano, 1968, n° 9, p. 80 y 81.

⁵⁴ Así Blasco Gascó, F. *Vid. la nota 22*.

⁵⁵ *I singoli contratti (artt. 1470-1765 C.C.)*, en *Comentario del Codice Civile UTET*, terza edizione, relaborata e aggiornata, Torino, 1991, p.p. 126 y 127.

⁵⁶ Mirabelli, G.: *I singoli contratti* ..., cit., p. 127.

eficacia exclusivamente en el ámbito de la relación negocial, y puede ser hecho valer respecto a terceros sólo en los límites en los que afecta a la posición de la contraparte⁵⁷, mas no se atisba un estado de inherencia con la cosa vendida⁵⁸.

Tampoco se afirma con carácter general⁵⁹ y sin ambages la índole real del derecho recobrador. Para mejor estudiar la figura es dable distinguir entre dos aspectos: uno, los efectos sustantivos del rescate; otro, la modalidad y notas del ejercicio del *ius redemptionis* en caso de subalienación de su derecho de dominio por parte del comprador. Ello se reduce a una cuestión puramente procedimental, relativa a la persona contra la que debe interponerse la demanda retractual, reglamentada por el artículo 1504 del Código Italiano.

Respecto al primero de los extremos, es cuestión pacífica la admisión de la "efficacia reale" del rescate⁶⁰ o, según precisan determinados juristas⁶¹, la "cosidetta efficacia reale", es decir, la ejercitabilidad del derecho con respecto a los terceros titulares de derechos incompatibles. Encarna una previsión normativa extraordinaria, en beneficio del vendedor, considerado sujeto débil, que deroga el principio de eficacia *inter partes* de las convenciones privadas⁶².

Responde a una situación que se caracteriza - en palabras de Luminoso⁶³ - por una particular y excepcional relevancia *ultra partes*, un determinado régimen de "tutela reforzada" (*tutela rafforzata*) - o, si se prefiere, de "tutela externa" (*tutela esterna*) - de la posición de expectativa correspondiente al vendedor.

En segundo lugar, nos referiremos al sujeto pasivo del rescate. A partir, de modo mediato, del segundo párrafo del artículo 1504 de su Código - y, directamente, del primero -, se concluye que la categoría de destinatario de la

⁵⁷ Mirabelli, G.: *I singoli contratti* ..., cit., p. 127.

⁵⁸ Luminoso, A.: *La vendita con riscatto* ..., cit., p. 400.

⁵⁹ Si lo afirma así, por ejemplo = Di Blasi, F.U.: *Commento al nuovo Codice Civile Italiano*, Il libro delle obbligazioni, parte speciale, 2ª edizione, Milano, 1950, p. 90.

⁶⁰ Benettini, G.: *Compendio di Diritto Civile secondo il nuovo Codice con il testo integrale di esso*, vol. VI, Milano, 1943, p. 237; Greco, P. - Cottino, G.: *Della vendita* ..., cit., seconda edizione, p. 351; Gazzoni, F.: *Manuale di Diritto Privato*, 1ª ristampa, III edizione aggiornata, Napoli, 1992, cap. LX. 9, p. 1035; Oddi, P.: *Codice Civile a cura di P. Rescigno*, seconda edizione, Milano, 1994, p. 1681.

⁶¹ Francolini, G.: *Commentario al Codice Civile* diretto da P. Cendon, volume quarto, Torino, 1991, p. 962; Luminoso, A.: *La compravendita* ..., cit., seconda edizione, p. 188.

⁶² Contenido en el art. 1372 C.C. italiano.

⁶³ *La vendita con riscatto* ..., cit., p. p. 400 y 401.

declaración retractual la conforma el comprador incluso si ya no es propietario, siempre que el vendedor no hubiera recibido la notificación de una hipotética enajenación del bien a terceros. Destinatario del ejercicio recuperador es sólo, asimismo, el comprador, cuando éste hubiese constituido derechos reales en beneficio de dichos terceros⁶⁴.

Esta regla (cfr. art. 1504,1) indica claramente - afirma con seguridad Puleo⁶⁵ -, que el rescate se destina a operar entre las partes entre quienes se ha establecido la relación contractual, e incide sobre ella, resolviéndola; y el desvanecimiento, así, de las sucesivas enajenaciones, al igual que de los *iura in re aliena* a favor de terceros, es no más que una consecuencia de la eficacia retroactiva de la resolución.

Si se ha producido la notificación al vendedor de la segunda o ulterior enajenación, destinatario directo de la declaración de rescate es el tercer (o posterior) adquirente. De ello se extraería que, en este caso, si la declaración fuera dirigida al comprador, la misma resultaría ineficaz.

En el supuesto de que no haya habido notificación, pero el vendedor hubiera tenido conocimiento, sin embargo, de la transferencia del bien, goza de la facultad de encauzar la acción recuperadora hacia la persona del comprador o, a su elección, hacia la del tercer adquirente⁶⁶.

Al actuar *omisso medio* contra el tercero, se logra, por un lado, franquear al retrayente de búsquedas e indagaciones prolijas y dificultosas y, por otra parte, el efecto de asegurar el pago del rescate al propietario actual del bien, que es el sujeto que experimenta un perjuicio inmediato.

En el ordenamiento alemán, el derecho que corresponde al retrayente es de color y figura personal, cual cabe deducir *a sensu contrario* de la expresiva letra del § 499 primer inciso B.G.B., cuyo tenor literal alude a la obligación recayente sobre el comprador, si éste hubiera dispuesto *pendente condicione* del objeto comprado⁶⁷, de eliminar los derechos de terceros nacidos por esto.

⁶⁴ Prescribe literalmente el art. 1504 C. C., italiano: " Il venditore che ha legittimamente esercitato il diritto di riscatto nei confronti del compratore può ottenere il rilascio della cosa anche dai successivi acquirenti, purché il patto sia ad essi opponibile.

Se l'alienazione è stata notificata al venditore, il riscatto deve essere esercitato in confronto del terzo acquirente. "

⁶⁵ *Riscatto convenzionale* ..., cit., n° 4, p. 331.

⁶⁶ Francolini, G.: *Commentario* ..., cit., dentro del comentario al art. 1504, n° 3, p. 964.

⁶⁷ Añade el 2° inciso del precepto que: " A una disposición del retrovendedor se equipara una disposición que sea

Conclusión, por lo demás, en perfecta armonía con la construcción germana de nuestra figura: un supuesto de retroventa condicional suspensiva.

Sin embargo, la atribución al derecho de rescate (*Wiederkaufsrecht* o *Wiederkaufsanspruch*), en contraposición con la solución positiva española actual, de un alcance meramente obligatorio admite, en la práctica, ciertos correctivos que lo aproximan, cuando no identifican, a la eficacia real. Si el derecho recae sobre un mueble, se consigue ello como apunta Enneccerus⁶⁸, por ejemplo, en virtud de tradición bajo condición resolutoria.

Si el elemento objetivo lo compone un inmueble, en vista de que el derecho retractual reconoce una pretensión, siquiera condicional, a la transmisión de la propiedad, se permite su aseguramiento con trascendencia real conforme al § 883 B.G.B. - a través de una simple anotación preventiva («*Vormerkung*») -. Esa operación de acceso registral, también contemplada por el § 1070 de su homólogo austríaco de 1 de junio de 1811, lo convierte en oponible *erga omnes*, circunstancia que ha impulsado a algún autor, caso de Baur, a pronunciarse, en tal caso, en favor de una eficacia casi real («*quasi dingliche Wirkung* »)⁶⁹. Como consecuencia de la citada anotación preventiva, resultan vanas o improductivas todas las posteriores disposiciones que efectúe el comprador originario, ejecuciones forzosas, etc ..., en tanto en cuanto hubieran de menoscabar el derecho de retracto.

En términos análogos al modelo alemán se presenta el parecer sustentado por el Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907. En el artículo 959 se consagra el talante eminentemente personal del *ius retrahendi*, si bien cabe su ingreso en el Registro, lo cual ocasiona su oponibilidad a todo derecho posteriormente adquirido sobre el inmueble. Confirma el anterior aserto el artículo 683 de idéntico cuerpo normativo, al reseñar que el derecho de rescate (*droit de réméré*) subsiste por el tiempo fijado en la anotación frente

realizada por vía de ejecución forzosa o de ejecución de embargo o por el administrador del concurso.” = en *Código Civil Alemán*, traducido por C. Melón Infante, Barcelona, 1955, p. 102.

⁶⁸ *Derecho de Obligaciones*, decimoquinta revisión por H. Lehmann, traducción española con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer, tercera edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por J. Ferrandis Vilella, volumen segundo, primera parte, Barcelona, 1966, § 116, p. 160.

⁶⁹ Baur, F.: *Lehrbuch des Sachenrechts*, Dritte neubearbeitete Auflage, München und Berlin, 1966, § 21, V. 2, p. 180.

a todo propietario - futuro - del inmueble. No obstante, continúa la norma, la eficacia *ultra partes* del derecho de rescate cesa, en todo caso, diez años después de la anotación. A partir de ese instante deja de desplegar sus consecuencias respecto a terceros, mas no entre las partes o sus causahabientes a título universal. Dichas partes pueden, perfectamente, en sus relaciones personales constituir estos derechos por una duración mayor de la década⁷⁰.

De cualquier forma, la anotación registral no transmuta al *ius redemptionis* en derecho real. Aquella refuerza o potencia simplemente su eficacia, por más que, tal y como puntualiza Gilliéron⁷¹, se aprecie una tendencia jurisprudencial partidaria del reconocimiento de una obligación «real».

5.6. El rescate de bienes inmuebles: problemas que plantea. Hipótesis posibles. El juego de los principios hipotecarios. Los artículos 32, 34 y 38 L.H. El rescate de los bienes muebles:

Comencemos con el juego y eficacia del derecho de rescate en el supuesto de que la *res vendita* sea inmueble. Representa la hipótesis más frecuente, y diríase única, a la que el legislador con reiteración retorna (cfr. artículos 1513, 1514, 1516, 1519 e, implícitamente, el 1520).

Si el originario comprador no ha procedido a la transmisión del bien raíz, los problemas que pueden suscitarse entre las partes se elucidan con las determinaciones de los artículos 1519 y 1520, que detallan la solución en lo atinente a la asignación de frutos, así como la obligación - recayente sobre el retraído - de devolver la cosa libre de cargas y gravámenes, salvo el debido respeto a los arrendamientos de buena fe concertados según la costumbre local.

La potencia real de la acción rescatadora se deja sentir con virulencia cuando el comprador primero, en ejercicio de sus plenas facultades

⁷⁰ Gilliéron, P.-R.: *Code Civil Suisse et Code des Obligations annotés*, troisième édition mise à jour, Lausanne, 1983, p. 322.

⁷¹ *Idem*, p. 441.

dominicales enajena el inmueble a terceros, dando lugar a un conflicto de intereses cuya solución aconseja acudir a una trascendental distinción: la existencia o no de inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca y/o del *ius retrahendi*.

El artículo 1510 C.C. delinea la concurrencia de dos regímenes jurídicos distintos. Uno viene determinado por la regulación del mismo Código. En él prepondera por encima de la seguridad del tráfico el derecho mismo de recuperar, y se refiere a fincas no inmatriculadas, o sí inmatriculadas pero no transcrito el derecho recobrador en el Registro, respecto a las cuales el retracto opera como una auténtica limitación legal que afecta a terceros adquirentes desconocedores de su existencia. Otro, el segundo, al socaire de la legislación hipotecaria, hace primar la protección del tráfico, y vela primordialmente por los intereses del subadquirente que haya inscrito su derecho.

El desglose pormenorizado de las hipótesis imaginables es el siguiente:

1.a.- La finca no aparece inscrita. En consecuencia, y en vista de que la mención registral del retracto convencional se acomoda en el asiento de aquélla, el derecho rescatador no resulta inscribible.

En tal caso, de mantenerse la pervivencia arregistral del inmueble durante todo el término recuperador, los avatares jurídicos, tanto de la finca cuanto del derecho, discurren de modo absoluto por cauces extrahipotecarios, y hay que aplicar estrictamente el precepto del artículo 1510 - o la doctrina general del Código - que, a resultas de la proclamación de la naturaleza real del derecho recuperador, permite dirigir la acción rescatadora contra terceros adquirentes, y ello aun cuando en el segundo contrato no se hubiese hecho mención del concurso del *ius redemptionis*, siempre, claro está, que el derecho del tercero proviniera del primigenio comprador. El tercero, ante semejante contingencia, puede ver resuelta su titularidad del inmueble adquirido a condición de que el retrayente actúe de forma tempestiva su derecho de recobro.

La innegable publicidad estática de la posesión que con el bien le fue transmitida al tercero se pliega frente a las razones y el rigor legales, sin perjuicio, bien cierto es, de la acción personal que al mismo le quepa utilizar

contra su causante inmediato.

También, aparte de la transparencia de que hace gala la redacción del artículo 1510, se concita una razón de probidad económica que abona este criterio. La eficacia propia del derecho retractual, incluso hallándose la cosa en poder de un tercero de buena fe desinformado de la existencia de la cláusula recuperadora, por más que prive al último de su posesión, le indemniza en cambio con el precio de la primera venta, los gastos de ella, los necesarios y las mejoras útiles. Y si el segundo vendedor - el originario adquirente a retro - hubiera enajenado la cosa sometida al rescate en un precio mayor a aquel en que la adquiriera él en su día, le corresponderá al segundo comprador - como se vio ya - el derecho a repetir contra el primero por medio de acción personal, no sólo por la diferencia de precio, sino por todos los daños que se le hubiesen irrogado.

La índole real del derecho de retracto convencional es una realidad sustantiva, y no dimana de su presencia en los libros registrales. El derecho real reconocido *ex lege* se identifica ya *ab ovo* con la naturaleza de la cosa y la acompaña donde quiera que ella se encuentre. Por otra parte, la buena fe del tercero no impide que el vendedor participe de la misma, y si el primero aduce su posesión a título de *dominus*, el vendedor redargüirá su pacto de rescate, de mayor antigüedad y preferencia en derecho.

Además, el derecho recuperador - y el pacto - contaría con la relativamente fácil prueba del título que lo albergara, ante lo cual el segundo comprador, incluso si lograra acreditar su buena fe, no lograría completar el plazo requerido a fines de usucapión frente al retrayente, puesto que el límite máximo de duración retractual asciende a diez años, coincidente con el tiempo mínimo para usucapir un inmueble.

1. b.- Sin embargo, la protección del retrayente - a la que se acaba de hacer cumplida referencia - no es absoluta, y no se le otorga amparo a todo trance. En el Código Civil, el artículo 1510 *in fine* deja a salvo «lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros», es decir, la eventual aplicación de las normas del derecho registral relativas a la eficacia y seguridad de los títulos inscritos; pero ello presupone que la finca se inmatricule. Analicemos, acto seguido, la fuerza de la posición del tercero - adquirente de quien obró como

comprador en el contrato-nodriza - y el precepto hipotecario aplicable en cada caso:

1.b.1.- El inmatriculante es el mismo comprador a retro.

En tanto que parte en el negocio jurídico-base y en la cláusula de rescate sabe de la presencia de la última, y aparece sometido al derecho retractual, ya se plasme en documento público o privado - o se convenga verbalmente -, ya se inscriba o no. Esto se cumplirá, incluso, si debido a cualquier circunstancia (cual error en la calificación o reflejo del pacto recuperador en documento distinto del que ocasionó la inmatriculación) no se hubiera hecho constar en el asiento la resolubilidad de la adquisición.

La dual presunción del artículo 38 L.H. decaerá frente a la legítima pretensión del retrayente, toda vez que el inmatriculante carece del rol de tercero en la relación jurídica rescatadora, y asume la posición de parte en ella, por cuanto se aplica la norma del artículo 1510 C.C.

Si, luego de la tal inmatriculación, el comprador originario transmite onerosamente la cosa, y el subadquirente de buena fe inscribe asimismo su título, se acogerá éste, si el Registro desconoce la existencia del *ius redemptionis*, en carácter de tercero hipotecario, al respaldo del artículo 34 L.H. Defensa que debelará, en una hipotética confrontación, a la poderosa acción recuperadora.

1.b.2.- La finca existe y se ha vendido con la cláusula retractual al margen de cualquier constancia registral. El comprador primigenio suscribe una segunda venta, y el nuevo adquirente se decide a inmatricular el inmueble.

El artículo 38 L.H. brindará también ahora su protección sempiterna, mas esa cobertura se conjugará con el recurso a otros preceptos.

Obviamente, como no se puede hablar de un adquirente de titular inscrito, se descarta ya de antemano el juego del artículo 34 L.H., ante la manifiesta omisión de uno de su cuatro requisitos cumulativos. El amparo nos lo ofrece, sobre la base del principio informador del artículo 13, el 32 del citado texto, que en su amplio regazo da cabida a todo tercero de buena fe no germánico, a través del principio de la inoponibilidad de lo no inscrito - en este supuesto específico el derecho rescatador - frente a lo sí registrado - la propiedad libre de cargas o gravámenes -.

1.b.3.- Si el tercero inmatriculante - al que se acaba de hacer mención - enajenara el bien raíz a otro sujeto, éste ya sí podría apelar al auxilio del artículo 34 L.H. si, a su vez, inscribiera su derecho.

2.- La finca que se transmite con pacto de retracto convencional figura inscrita de antemano en el Registro de la Propiedad.

La hipótesis provoca la entrada en acción, por remisión del inciso final del artículo 1510 C.C., de las prescripciones hipotecarias, con los siguientes resultados:

2.a.- Se refleja registralmente, asimismo, el contrato-básico, pero no así el derecho rescatador. Entonces:

2.a.1.- De no acontecer una segunda enajenación, la acción real de retracto le facultará al vendedor, en todo caso, para dirigirse con éxito contra el comprador.

2.a.2.- El comprador a retro transmite, a su vez, el bien a un tercero, y éste no publica su derecho, no lo inscribe. Cabrá, también, el ejercicio de la acción recuperadora frente a él, porque dicho subadquirente no puede ampararse en las normas hipotecarias.

2.a.3.- El tercero que trae su derecho del comprador a retro, en contraposición con el supuesto precedente, proclama registralmente su titularidad como libre. En el caso presente, se aplicarán las normas hipotecarias. De nuevo, se atenderá a la letra del artículo 34 L.H. - al compás que a la del 37 de igual ley -, y se enervará la posible eficacia del derecho rescatador.

2.b.- El inmueble se encuentra inscrito, pero no ocurre igual con el contrato-base. Entonces, puede suceder que:

2. b.1.- El comprador a retro, lejos de acometer una enajenación del bien, conserve el dominio del fundo. Le alcanzará, por ende, siempre el empuje real de la acción de retracto convencional, pues no en vano intervino como parte tanto en la compraventa cuanto en el *pactum adjectum*.

2.b.2. - El comprador a retro enajene el dominio del inmueble. El tercero subadquirente no podrá retratar en el Registro su titularidad, por contravención del principio de tracto sucesivo recogido en los dos primeros párrafos del artículo 20 L. H. No operarán, por ello, las prescripciones registrales, y no le

será dable escapar a dicho tercero del vigor del derecho real de recuperación.

3.- Si, amén de figurar inscrita la finca a nombre del vendedor, se inscriben el contrato-soporte y el derecho recobrador, resulta entonces indiferente que el comprador transmita o no el inmueble, porque el vendedor primigenio podrá siempre ejercer su *ius retrahendi* contra todo tercer adquirente.

A este respecto, hay que indicar que - tal y como señala el considerando segundo de la R.D.G.R.N. de 13 de julio de 1901: "constando en el Registro, y siendo por ello conocida la naturaleza del derecho del vendedor, a ella quedan subordinados, según los principios fundamentales de la L.H., los efectos de cualquier otra inscripción relativa a dicho inmueble".

Es perfectamente consecuente el parecer de esa Resolución con la caracterización que hacen del pacto retractual los artículos 9, 2º y 23 L.H. y 51,6ª de su Reglamento, cual adquisición sometida a condición resolutoria. Agrega, en punto a ello, la R.D.G.R.N. de 10 de septiembre de 1901 - en su considerando primero -: "los bienes sujetos a condiciones resolutorias pueden ser enajenados siempre que quede a salvo el derecho de los interesados en ellas, haciéndose en la inscripción (...) expresa reserva de tal derecho aunque no se hubiera hecho en la escritura".

Años antes, la R.D.G.R.N. de 17 de marzo de 1882 - en su considerando primero - declaró no inscribible una escritura de venta de una casa-posada, que había sido adquirida previamente con pacto de retro por el actual vendedor. La segunda venta se efectuó antes de la expiración de los ocho años del término retractual, pero la finca se enajenaba "perpetua e irrevocablemente", lo cual sólo era concebible si se hubiera extinguido la condición, extremo que no constaba en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, el carácter mobiliario del objeto del pacto de retracto convencional no troca el talante real del derecho recuperador, luego el vendedor, igualmente, se encontrará en perfecta disposición de dirigirse contra cualquier persona, sea ésta o no el comprador primigenio, que se sitúe en posesión de la cosa, y con total independencia de que se hubiera o no mencionado la presencia del *ius redemptionis* en la celebración de la segunda - o ulterior - venta, así como de que el tercero la hubiera adquirido por una

vertiente legal o ilegal.

Si el tercero hubiese adquirido el bien con desconocimiento de la existencia del derecho de recobro, cuya efigie merodea jurídicamente en derredor de su propiedad como un *pondus*, podría suscitarse en apariencia una controversia.

Interesa, al efecto, y haciendo caso omiso de la reivindicabilidad o irreivindicabilidad del bien mueble por parte del propietario - primitivo comprador a retro - (según se adhiera uno en sede de interpretación del artículo 464 C.C., a la tesis romanista o, por el contrario, se postule la germanista), proclamar con energía que el vendedor a retro - argumento ex artículo 1510 C.C. - es capaz de activar judicial o extrajudicialmente su poder recuperador respecto a cualquiera, y siempre en las condiciones y términos convenidos en su momento con el primer comprador. Y a este segundo o posterior adquirente, sujeto a un posible ejercicio retractual, sólo le resta una acción personal contra su causante inmediato, por haber vendido como libre un bien que no lo estaba.

Si el presente titular hubiera adquirido la cosa mueble en subasta pública - pues opera, a nuestros efectos, igual que si lo hubiese hecho en venta privada - el precio que reembolsar en fuerza del empleo triunfante de la acción rescatadora es el pactado inicialmente, al engendrarse el retracto⁷².

⁷² En ese sentido: O'Callaghan, X.: *Código Civil Comentado* ..., cit., 1ª edición, p. 1444.

En contra = Serrano, E.: voz "retracto convencional ..., cit., p. 503: "¿Y en caso de ser pública la segunda venta? Creemos aplicable, por analogía, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 464: el retrayente debería reembolsar al segundo comprador el importe del precio que pagó, quedándole el derecho de repetir contra el primer comprador, por la diferencia entre el precio que éste satisfizo al comprar y el que percibió al vender"; Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 393; Albácar López, J. L.: *Código Civil*..., cit., tomo V, primera edición, p.402.

CAPÍTULO VI:

SITUACIÓN DE LAS PARTES PENDENTE CONDICIONE:

6.1. La posición jurídica del comprador:

6.1.1. Análisis de los términos del art. 1511 C.C.:

6.1.1.1. La palabra “sustitución”. Es una sucesión *inter vivos* a título individual y onerosa:

El artículo 1511 C.C., tras la estela del 1538 del Anteproyecto¹, introduce, a fin de explicar la posición jurídica conferida al comprador en la compraventa con pacto de retracto convencional, la siguiente fórmula: “sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones”.

Lo primero de la preinserta redacción en que se debe parar mientes es en que, a diferencia del precedente contenido en el artículo 1440 del Proyecto de 1851² - notoriamente influenciado por el 1665 del *Code Napoléonico*³ -, que optaba por el verbo suceder, ahora se elige el verbo sustituir.

En sentido estricto no cabe hablar de sustitución - vocablo también utilizado por el § 3905 del Código de Puerto Rico -, en tanto que subrogación⁴ del comprador respecto al vendedor. No se asiste, en verdad, a una variación subjetiva en los términos de la relación obligatoria. El adquirente no puede reemplazar al enajenante en los derechos contractuales, que suponen obligación de la contraparte: el comprador se halla compelido a pagar el precio, y el vendedor a la entrega de la cosa o a la transmisión del derecho vendido, también - y salvo pacto en contra - al saneamiento y a sufragar los gastos de entrega o transmisión, y a facilitar al comprador los títulos de pertenencia.

¹ Artículo 1538 del Anteproyecto de 1882-1888: “El comprador sustituirá al vendedor en todos sus derechos y acciones, y adquirirá por prescripción, tanto contra el vendedor dueño como contra los que pretendan tener derecho o hipoteca sobre la cosa vendida.” = Lasso Gaité, F.: *Crónica* ..., cit., volumen II, p. 703.

² Artículo 1440 del Proyecto de 1851: “El comprador sucede en todos los derechos del vendedor y adquiere por prescripción, tanto contra el verdadero dueño como contra los que pretendan tener derecho o hipoteca sobre la cosa vendida.” = García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 417.

³ Artículo 1665 del Código francés: “L’acquéreur à pacte de rachat exerce tous les droits de son vendeur; il peut prescrire tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue.”

⁴ Utiliza esta palabra el art. 1609 del Código filipino.

Lo que acontece, y es deducible del espíritu, que no de la poca apropiada, técnicamente hablando, letra de la norma, es una transmisión onerosa *inter vivos* - a saber, compraventa, permuta, transacción, ... - desde el poder jurídico del *tradens* a la esfera patrimonial del adquirente. En puridad, el comprador deviene sucesor por título singular *inter vivos* y oneroso en la plenitud de los derechos que sobre el bien ostentara el vendedor antes de la celebración del contrato-base.

Sólo en un sentido en extremo relajado, únicamente con una tremenda laxitud se toleraría el empleo de la palabra "subrogación", una subrogación diríase natural, en cuanto simple colocación de una persona o de una cosa en lugar de otra. Como afirma el eminente Riaza, obra " la subrogación que se da en todo acto traslativo de dominio, es decir, que el vendedor es sustituido por el comprador (a retro) en todos sus derechos y obligaciones, y lo mismo ocurre al tener lugar el retracto⁵".

Supone la subrogación natural que ocasiona el acto de enajenación. Así es como se han de interpretar las referencias contenidas en las Ss.T.S. de 16 de octubre de 1906 - considerando primero - y 7 de diciembre de 1925 - considerando segundo -, que con un apego excesivo por el tenor del artículo utilizan, exento asimismo de rigor técnico, el término "sustitución".

6.1.1.2. "Todos los derechos y acciones":

Acierta casi del todo el precepto, desde otro punto de vista, en lo tocante a su escueta referencia a "todos los derechos y acciones", enunciado que no precisa ni determina los derechos y facultades que el comprador asume, y que resulta ya bastante omnicomprendivo. Una prolija enumeración de los mismos incitaría a cuestionarse - como apuntan, por ejemplo, Manresa⁶ o Badenes Gasset⁷ - si los omitidos se encontraban o no incluidos.

Ahora bien, no siempre se le transferirá al adquirente el dominio, sino el exacto carácter jurídico - los derechos y acciones - que el vendedor atesorara

⁵ *Los retractos* ..., cit., p. 115.

⁶ *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 461.

⁷ *El contrato de compraventa*, cit., tomo II, 3ª edición, p. 884.

en relación con la cosa con anterioridad a la compraventa: si éste era *dominus*, lo será a partir de la tradición el comprador; si disfrutaba de la cualidad de mero poseedor, eso mismo, y no más, devendrá el adquirente. El derecho de retracto convencional, según constata la R.D.G.R.N. de 13 de julio de 1901 - considerando tercero -, no encierra ninguna carga o gravamen, y tampoco restringe o cercena de presente la posición jurídica obtenida por el comprador.

Sin embargo, dentro de las estipulaciones susceptibles de completar o modificar - en abstracto - la normal encarnadura del pacto, la práctica diaria nos provee de algunas cláusulas relativas a la índole del derecho transmitido. Al vendedor a retro, verbigracia, se le consiente traspasar, merced a la preceptiva *traditio* - lo que constituye el supuesto habitual -, la propiedad de que él disfrutaba sobre el bien, pero también le es posible a éste transferir la nuda propiedad sobre la cosa reservándose el usufructo (S.T.S. de 29 de abril de 1946 - considerando tercero -).

Le cabe, asimismo, transmitir la propiedad del bien vendido con la cláusula redentora, pero reteniendo la simple posesión del mismo durante todo el término retractual (S.T.S. de 23 de marzo de 1957 - considerando primero -). A coincidente resultado conduce la convención que transcribe la S.T.S. de 13 de marzo de 1913 - resultando primero -, conforme a cuya redacción el comprador no gozará de la posesión de la finca antes de la consunción del período retractual.

Por ello, de ser el vendedor dueño del bien objeto del contrato - y ante la ausencia de una de esas poco habituales cláusulas -, el adquirente, a resultas de la consumación del negocio-básico, alcanza, si bien sujeta a la amenaza de un potencial rescate, la propiedad de la cosa, aun cuando se hable de un dominio resoluble, precario⁸, o de un dominio enfermo, "pendiente del resultado de una crisis" que dura desde que comenzó el término retractual⁹; le corresponden, pues, a dicho comprador, en la fase previa a la tradición, todos y cada uno de los derechos que le resultan privativos en tanto que tal - entre ellos, el derecho a la cosa - y, en una segunda etapa - tras la

⁸ Ghestin, J. et Desché, B.: *Traité des Contrats. La vente*, cit., nº 574, p. 639.

⁹ Riaza, N.: *Los retractos* ..., cit., p. 91.

tradición -, la adquisición y el disfrute con plenitud - por más que se halle afectada por la nota de interinidad - de cuantos poderes y facultades son inherentes al título de dueño integrando la relación de propiedad.

Se incluyen, pues, los relativos a la gestión y administración de *la res vendita*, al igual que aquellos procedimientos o instrumentos tutelares ideados por el ordenamiento jurídico para hacer valer su derecho: interdictos posesorios, acciones de resarcimiento de daños sufridos en el bien, reivindicación, protección registral, etc...

Se le atribuye también la posibilidad de desatender, descuidar la cosa, hacerla padecer transformaciones en su situación jurídica o física; incluso le es dable demolerla, sin que el vendedor, ante la ausencia de precepto en ese sentido, se encuentre autorizado o en disposición de intervenir para impedir esos actos, ni tampoco para obligarle a adoptar un modo concreto y determinado de disfrute. Al vendedor, a lo sumo, le cabrá, no más que si rescata - y sólo entonces -, la reclamación de daños y perjuicios por el quebranto que el comprador le hubiera ocasionado degradando el bien.

Efectivamente, al comprador, en uso de su derecho, se le permite la realización de actos dispositivos sobre la cosa adquirida, sean *inter vivos*, *mortis causa*, a título oneroso o lucrativo. Puede efectuar una donación de la propiedad resoluble, una venta simple¹⁰ o con otro pacto de rescate del bien a un tercero, constituir y/o transmitir derechos reales fraccionarios del dominio, establecer cargas y gravámenes (artículo 327 Comp. Cat. y 107, 7º L. H.) sobre la *res vendita* - por ejemplo: una prenda o hipoteca -.

Y la subsistencia futura de todos esos actos queda subordinada al ejercicio o inejercicio del derecho retractual; es decir, tales derechos reales permanecen afectos a la posible temporalidad que aqueja al dominio de donde se han escindido o disgregado, porque el comprador no resulta capaz de transferir una perpetuidad de la que carece su propio derecho. De manera que, al resolverse el dominio *-resoluto iure dantis-*, se resuelven *ipso facto* y en cascada todos los derechos reales *-resolvitur ius concessum-* constituidos sobre la cosa por el comprador a retro y los sucesivos titulares del bien. La

¹⁰ Al efecto, la R.D.G. R. N. de 10 de septiembre de 1901 - considerando segundo -.

fuerza real del derecho recuperador permite su oponibilidad a los subadquirentes de la cosa a fin de lograr el retorno de ella al patrimonio del retrayente, salvo la prevalencia del derecho del tercero si su título se ha transcrito con anterioridad al reflejo registral del *ius* en estudio (cfr. artículo 37 L. H.).

El comprador ostenta el derecho a que su propiedad plena se torne definitiva e imperturbable - y abandone de esa forma la interinidad que la persigue - si no se ejercita el rescate o, lo que viene a generar iguales consecuencias prácticas, si no se utiliza convenientemente; semejante derecho del comprador concurre incluso si el *ius retrahendi* se encuentra embargado¹¹.

El embargo del derecho recobrador en méritos del juicio ejecutivo promovido por un tercero acreedor del vendedor, aunque tenga constancia registral (artículo 71 L. H.) no podrá interesar a la naturaleza ni a la extensión de aquel derecho, ni podrá tampoco - como recoge el considerando primero de la S. T. S. de 19 de febrero de 1908 - afectar ni modificar en nada el derecho del comprador consistente en hacer suya la finca con carácter definitivo " si el vendedor no cumplía, como no cumplió, las condiciones del contrato [éste quedó como arrendatario del bien raíz durante el cuatrienio del plazo retractual, a cambio del pago de 2.160 pesetas anuales, abonables por semestres anticipados, pactándose que si dejaba de satisfacer un semestre el arriendo y transcurrían treinta días desde que se le avisara sin que devolviera el precio de la venta, así como si no acreditaba - siempre que se le exigiese - que estaba al corriente en el desembolso de la contribución, se extinguiría el derecho de retracto - resultando primero -]; toda vez que el expresado embargo, por su naturaleza, sólo podía producir el efecto de un aseguramiento mientras se hallase pendiente el cumplimiento de lo convenido entre C. y G. [comprador y vendedor a retro, respectivamente]".

Además, tal embargo - sigue diciendo en el mismo considerando - "pendiente el juicio ejecutivo, no atribuía al recurrente [el acreedor del vendedor, promotor de la traba] derecho alguno para retraer la finca de que

¹¹ Extremo al que apuntan las Rs. D. G. R. N. de 18 de mayo y 18 de junio de 1898 - considerandos primero y tercero, al respective - y la S.T.S. de 19 de febrero de 1908 - considerando primero -.

se trata ni desvirtuaba las relaciones jurídicas establecidas entre comprador y vendedor”.

Al comprador le asisten, por ende, luego de la tradición, todos los derechos y acciones que al vendedor le atañeran sobre la cosa vendida, y en el estado en que se encontraren: tanto se opera la transferencia del derecho ya consolidado, como de la postura procesal cuando la acción se hallare en pleno ejercicio judicial. De modo simultáneo, el adquirente sucede asimismo al transmitente en su posición pasiva previa respecto al bien, esto es, en las obligaciones que con relación a lo enajenado le afectaren¹².

E, inexcusable correlato de lo antedicho, si el vendedor reunía la cualidad jurídica de propietario del bien, se traspasan al comprador, vía la preceptiva tradición, el cúmulo o conjunto de poderes característicos de semejante posición dominical. En resumidas cuentas, se convierte en propietario, disfruta del objeto contractual, paga los impuestos correspondientes y soporta las cargas.

Sea como fuere, el tenor del artículo 1511 C.C. debe entenderse restringido a los derechos y acciones que se sitúen en fase de ejercicio en el instante de celebrarse la compraventa-básica, que es en los que sucede al vendedor: verbigracia, en la acción de deslinde entablada de antemano frente a un colindante. En cambio, no sucede al vendedor en los derechos sobre la cosa que nazcan con posterioridad al contrato-cimiento, puesto que el transmitente no ha podido disfrutar de ellos: por ejemplo, en una accesión natural que beneficie a la *res vendita* un año después de la tradición; éstos le pertenecen al comprador a retro sencillamente en virtud de su plena titularidad, en razón de su dominio.

Le será dado, por lo tanto, al adquirente reclamar las servidumbres existentes en provecho de la heredad y que alguien niegue, o rechazar las que de modo indebido otra persona intente hacer valer sobre ella a través, respectivamente, del empleo de las acciones confesoria y negatoria, sin que, llegado que fuera el instante de la recuperación de la finca, deba el retrayente instar de nuevo dichas acciones para aprovecharse de su resultado, dado que

¹² S.T.S. de 16 de octubre de 1906 - considerando primero -, relativa a un caso de compraventa con pacto de retracto convencional de fincas hipotecadas en su momento por el vendedor.

no alcanza a éste la eficacia resolutoria del acto rescatador.

Es capaz el comprador de reivindicar la cosa de quien la detente, y le competará, en concepto de actual *dominus*, la legitimación activa para emplear la acción resarcitoria por los daños y menoscabos ocasionados por terceros a la propiedad. Le cabe recibir - como se expuso - los incrementos que el bien experimente por la accesión natural, así como la defensa de la posesión por medio de interdictos. Tiene derecho a percibir los frutos y rentas que la cosa genere y, de concernir la venta con pacto de rescate a las acciones de una Sociedad Comercial -según subraya Limpens¹³ -, se le atribuye el derecho de votar con ellas en las Asambleas Societarias.

Le incumbirá ejercitar los derechos reales de adquisición preferente que aprovechen a la finca vendida con la cláusula rescatadora, si bien - como apostilla García Cantero¹⁴ -, si el comprador a retro utiliza, por ejemplo, el retracto de colindantes correspondiente ante la enajenación - por su respectivo titular - del predio limítrofe, y lo adquiere, cuando el vendedor retraiga convencionalmente se impone una pregunta: ¿rescatará por efecto de su derecho la finca vendida por él en el contrato-básico y la asurcana, o sólo aquélla ? Entiende atinadamente el autor citado que lo primero, porque el fundo colindante no fue objeto de la cláusula recuperadora. En efecto, el derecho de retracto de asurcanos se vincula a la cualidad jurídica de propietario de la finca retraída convencionalmente, y tras el rescate la continúa beneficiando. Si se enajena en el futuro, otra vez, la referida finca limítrofe, el vendedor a retro que ha rescatado la otra podrá retraer esta última legalmente, luego no se ha perjudicado la situación del inmueble vendido con nuestro pacto; se asiste a la reposición del *statu quo* anterior a la venta a retro, con la simple variación subjetiva en la titularidad de la finca asurcana: antes era el dueño un tercero, ahora lo es el retraído convencional, lo cual no supone agravamiento alguno de la posición jurídica del sujeto recuperador. No obstante, es cierto que no se cumple la finalidad social perseguida por el retracto de colindantes - la reunión en una mano de los dominios de ambos predios -, salvo que el titular del rescate decidiera no ejercitarlo, ya que el

¹³ *La vente* ..., cit., n° 2180, p. 758.

¹⁴ *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 585.

potencial retraído convencional mantendría entonces la propiedad de los dos: el comprado en inicio y el retraído después legalmente.

Por otro lado, si el inmueble vendido con pacto de retracto convencional aparece gravado con privilegios o hipotecas, el comprador puede borrarlos llenando las formalidades legales pertinentes. Así, la purga de una hipoteca efectuada por él libera definitivamente el fundo, de manera que el vendedor - o bien el heredero o cesionario de su derecho recuperador -, ejerciendo a *posteriori* el rescate, recobra la propiedad del inmueble por completo desasida de aquel derecho real de garantía a favor de tercero, pues el retracto no lo hace revivir.

6.1.1.3. No acontece un desdoblamiento dominical:

La presencia del derecho real limitado de rescate, lejos de atribuir la plenitud de facultades sobre la cosa, simplemente prepara o descombra el terreno para el potencial nacimiento del derecho por antonomasia, ya que su ejercicio aboca a la conversión de su titular en propietario o, si se prefiere, según se lee en el Pacifici-Mazzoni¹⁵, alberga en su seno la impronta de un eventual derecho de dominio - *diritto eventuale di proprietà* - que quizás, sólo quizás, el futuro coloque nuevamente en sus manos si, a su monódico y unilateral acto de voluntad en tal sentido, acompaña el necesario cumplimiento de los capítulos referidos en el artículo 1518 C.C. en tiempo hábil para ello.

Si el vendedor no llega a abonar los distintos conceptos desglosados en este precepto, amén de cualesquiera otros pactados en su día, el artículo 1509 determina que: "el comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida". Pues bien, semejante redacción no debe interpretarse en el sentido de que, mientras sea factible el rescate, el comprador no haya adquirido la propiedad de la cosa, mas cual indirecta indicación de que la ausencia de ejercicio o el ejercicio inidóneo de la facultad recobradora motiva que la adquisición de éste, que participaba de un carácter potencialmente

¹⁵ *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, quarta edizione riveduta e corredata di note, di dottrina e giurisprudenza per cura dell'Avv. G. Venzi e dell'Avv. T. Giorgi, vol. V, parte speciale, Firenze, 1913, n° 102, p. 115.

Análogamente: Zachariae, C. S.: *Cours de Droit Civil Français*, cit., tome deuxième, § 357, p. 544.

claudicante, no se vea ya sometida a la posibilidad de resolución.

Por lo mismo, el comprador - o su causahabiente - no disfruta durante la vigencia del término recuperador de una posición jurídica idéntica a la que exhibía el vendedor antes de la *traditio*, porque, al contrario que este último, y aunque su dominio goce de plenitud, no resulta dueño definitivo hasta la expiración de semejante período sin que se utilice el rescate o, en su caso, hasta que el titular renuncie a él; y tan no lo es que, aun cuando el comprador - o su causahabiente - enajene el bien, se le permite al retrayente recuperarlo de manos de cualquier tercero subadquirente, con la única excepción de que a éste le favorezcan las prescripciones hipotecarias, toda vez que el artículo 1510 C.C. consagra la eficacia reipersecutoria de la *res vendita ubicumque sit*.

El poder rescatador encarna un puro derecho de readquisición, y si restringe el derecho reconocido al comprador es debido a la amenaza de su actuación venidera; de ningún modo porque implique desmembración del dominio obtenido por el adquirente. Si un día éste puede perder su condición de *dominus*, ello no obedece a la propia esencia del dominio que logra, sino a la limitación residenciada en el derecho externo que lo comprime.

De momento, el derecho recuperador no interesa al *ius disponendi* del comprador, puesto que el dominio de que disfruta el último es en sí perfecto y pleno (como con insuperable claridad lo define la S.T.S. de 25 de noviembre de 1873 - considerando quinto -). En una palabra, en la limitación, y no en el mismo derecho dominical transferido al adquirente se cifra el germen de su contingente pérdida; de ahí que convenga referirse, más que a un dominio interino, a un dominio potencialmente interino en tanto no expire el término retractual.

El comprador, por ende, al margen de cualquier relación oculta o interna que pudiera ampararse bajo la cobertura del pacto de retracto convencional, cual la *fiducia cum creditore*, adquiere la propiedad de la cosa de igual forma y manera que en la venta ordinaria¹⁶. El contrato-básico al que se le agrega la cláusula retractual representa una venta normal con el añadido de un pacto

¹⁶ Rs. D. G. R. N. de 27 de agosto de 1863 - considerando segundo - y 14 de enero de 1876 - considerando segundo -, y Ss. T. S. de 20 de mayo de 1943 - considerando cuarto -, 23 de mayo de 1944 - considerando tercero - y de 28 de mayo de 1957 - considerando cuarto -

que no genera - como se ha referido - escisión o bifurcación dominical, entre el derecho de rescatar, por un lado, y la *proprietas*, por el otro, si bien aparecen como dos derechos patrimoniales diversos con sus respectivas y privativas titularidades, susceptibles de hipotecarse, manejarse y disponerse aisladamente (art. 107, 7º y 8º L.H., art. 326, 4 Comp. Catalana y ley 579,1 Comp. Navarra).

Según señala Troplong¹⁷, en toda venta con pacto de rescate coexisten dos derechos paralelos, que afectan a la cosa en dos grados más o menos íntimos: en primer lugar, el otorgado al comprador, que tiene la cosa *pendente condicione*, y que está investido respecto a ella del título más elevado, el de propietario, pero cuyo dominio se encuentra sujeto a posible perecimiento; en segundo término, el derecho reservado al vendedor, que afecta a la cosa menos profundamente, ya que él ha transferido la propiedad, aunque se vincula a ella por ceñidas ligaduras que la persiguen como una sombra acechante en cualesquiera manos a las que pase y que, a la postre, puede convertirse en derecho de dominio pleno, entero e inmutable, si se produce el rescate.

Ni siquiera cuando el vendedor suma a su derecho redentor la posesión simple o arrendaticia del bien transmitido el gravamen es mayor, dado que se limita la propiedad del comprador en el goce, que pierde de esta manera su carácter absoluto, pero no se desprende de su esencia dominical.

6.1.1.3.1. Sí se produce esta bifurcación dominical en Cataluña:

En Cataluña, el pacto de retracto convencional disfruta de un rango potísimo (*essentiale negotium*). Se aprecia la feliz fusión, en un todo orgánico, de la cláusula y el contrato, que forman un solo cuerpo, es decir, un contrato nominado y especial, en cuya estructura, y como elemento principal, se sitúa un poder resolutorio¹⁸. Supone, en palabras de Roca i Trias:

¹⁷ *Le Droit Civil expliqué...*, De la vente, cit., quatrième édition, tome second, n° 740, p. 234.

¹⁸ Brocá y Montagut, G. Mª. y Amell Llopis, J.: *Instituciones de Derecho Civil Catalán*, tomo II, Barcelona, 1886, p. 180; Casals Coldecarrera, M.: *El pacto...*, cit., p. 57; Faus Condomines, J.: *Del contrato de empenyament...*, cit., p. 188; Ysas Solanes, Mª: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por M. Albaladejo,

“un contrato típico. Esta tipicidad la proporciona el elemento estructural que consiste en la posibilidad de resolver el dominio transferido, de conformidad con lo que dispone el artículo 326, 1 de la Compilación¹⁹”.

El juego de la especialidad mentada conlleva que, a pesar de la verificación de una verdadera traslación dominical del vendedor al comprador, no determina sin embargo el traspaso del dominio pleno de la finca, y sí un desdoblamiento del mismo en dos componentes de naturaleza real: la propiedad del comprador o propiedad a carta de gracia, y el derecho de luir y quitar del vendedor. El primero es un dominio precario²⁰ o - como apunta Sapena²¹ - “mediatizado”, menos pleno, limitado, un dominio « especialísimo »²², porque se halla gravado por un derecho - asimismo - especial o sui géneris que el *tradens* tiene a bien conferirse con el beneplácito de la contraparte; un *ius in re aliena* que se segrega del haz de facultades dominicales. El segundo, el derecho de recobrar el bien, que goza de gran renombre en el derecho consuetudinario de este territorio, inclinado a la creación de *pars dominii*.

La relevancia de la bifurcación dominical es de un calado tal que, desde la óptica económica, el derecho de redimir comporta un elemento jurídicamente integrante de la cosa vendida, representativo de una parte de su valor de tasación²³.

Por otro lado, la compraventa a carta de gracia constituye un contrato del tipo de los aleatorios, pues no en vano la adquisición definitiva de la propiedad, esto es, la conversión del dominio resoluble en uno despojado de esa nota, se hace depender del ejercicio por su titular del derecho de redención. Así, provoca que intervenga un alea o riesgo que califica al contrato, y por tal razón no se puede rescindir por lesión sino cuando se haya extinguido el *ius retrahendi* (artículo 321,2 *in fine* Comp. Cat.).

tomo xxx, Madrid, 1987, p. 589.

¹⁹ Roca i Trias, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya (Introducció i part general. Obligacions i contractes. Drets reals)*, volum I, 5ª edició, València, 1998, p. 151.

²⁰ Borrell y Soler, A.M.: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, libro segundo, 2ª edición, Barcelona, 1944, p.p. 406 y 418.

²¹ Actualidad de..., cit., p. 153.

²² De Gispert, Mª. T.: *Contrato de compraventa a carta de gracia* ..., p. 114.

²³ S.T.S. de 8 de marzo de 1951 -considerando segundo-: “..., señalando también los autores otra diferencia más diluida y menos justificada consistente en que el precio de la venta a carta de gracia suele ser inferior hasta en dos tercios al valor real de lo vendido, circunstancia que ordinariamente no concurre en el retracto convencional...”

6.1.1.4. Precisiones en materia prescriptiva:

El comprador con pacto de rescate puede - si bien no recoge la mención el Código por considerarlo innecesario o sobreentendido -, invocar contra un tercero que reivindica la cosa la prescripción adquisitiva que se haya ya completado en provecho de su vendedor, porque éste le ha investido con la tradición de todos sus derechos precontractuales; análogamente, si la usucapión no se ha completado en manos del enajenante, el comprador se encuentra facultado para continuar el proceso prescriptivo.

La compraventa con la cláusula retractual no interrumpe ni corta la prescripción que empezara a correr antes de celebrarse el contrato-básico, y el adquirente, tan luego como recibe la cosa del vendedor, se convierte en poseedor actual de la misma (artículo 1960, 1ª C.C.) y prosigue sin solución de continuidad la posesión de su causante - sucediéndole en ella, de quien la recibe derivativamente - hasta el cumplimiento de los plazos legales marcados, y que, tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, disfruta de la facilidad probatoria diseñada por el artículo 35 L.H.

Prescripción adquisitiva que no se refiere sólo al dominio del bien, sino que resulta también invocable válidamente respecto a cualesquiera derechos reales poseíbles que la pudieran gravar (una servidumbre continua y aparente, una enfiteusis, etc...).

Es más, al comprador le es dable iniciar él mismo y completar la usucapión, tanto ordinaria cuanto extraordinaria, siempre que ostente una posesión pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño²⁴.

Un palmario ejemplo de que al adquirente con el pacto recuperador le cabe servirse de una prescripción adquisitiva contra el verdadero dueño de la *res vendita* nos los suministra el supuesto estudiado por la S. T. S. de 7 de diciembre de 1925, mentada folios atrás.

En la escritura pública de 12-10-1908 se refleja una compraventa con la

²⁴ “ El pacto ó cláusula de retroventa envuelve una condicion *resolutoria*, no suspensiva: adquiere, pues, el comprador la propiedad de la cosa, que, en el caso del artículo 1438 - el actual 1509 C.C. -, se hará irrevocable. Es por lo menos un poseedor con justo título y buena fé: ¿ cómo negarle que pueda prescribir y ejercer para utilidad y conservación de la cosa todos los derechos del vendedor ? Puede enajenarla según el artículo anterior -el 1439, hoy 1510 C.C.-, aunque con sujeción a las resultas del retracto: lo demás es menos . ”= García Goyena, F.: *Concordancias...*, cit., tomo III, p. 417.

cláusula retractual de un lugar acasurado - llamado de Cabaleiro - integrado en la masa hereditaria de doña Teodora V. C., por el término de seis años, prorrogado el 16-10-1914 por otros cuatro años mediante documento privado.

Obró como vendedor uno de sus hijos, Angel G.V., administrador legal del lugar, por sí y en nombre de su hermana Carmen G.V.²⁵, coherederos ambos *proindiviso* junto con sus otras tres hermanas (Mercedes, Dolores y Jesusa G. V.), pues la madre había instituido herederos a los cinco en el remanente de sus bienes - entre los que figuraba el lugar citado - tras los legados y mejoras que establecía, por medio de un testamento otorgado el 20-11-1885, y falleció el 16-10-1886. Actuó como comprador D. Pedro P. C.

La partición de la herencia se protocolizó ante notario el 30-3-1920, a consecuencia de la cual ni D. Angel ni doña Carmen G.V. devinieron propietarios ni en todo ni en parte del inmueble, que se adjudicó por mitad a Dolores G. V., por un lado, y a los cuatro hijos y herederos abintestato de doña Jesusa G. V. (José, Antonio, Rafael y Avelina F. G.), muerta en 1911, por otro.

Estos cuatro hijos, junto con su tía Dolores G. V., actuando como demandantes, instan el 23-12-1920 ante el Juzgado de Primera instancia de Carballo la nulidad del contrato de compraventa con pacto de rescate, así como la apreciación judicial de que les corresponde a ellos la propiedad y posesión del lugar, de suerte que solicitan que se condene a los cinco hijos y herederos del comprador (Dolores, Carmen, Vicente, Ramón y Josefa P. V.), quien había muerto en el ínterin comprendido entre la celebración del contrato y entonces²⁶, a la entrega de la cosa a cambio del precio y demás desembolsos preceptivos.

En Primera Instancia se declara no haber lugar a la demanda. Interpuesto el recurso de apelación, la Sala de la Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña suscribe el anterior fallo y, admitiendo la reconvención formulada por los demandados, sentencia que éstos, en tanto que herederos del comprador son dueños y poseedores del bien, y se condena a los actores a que consientan tal declaración.

Ante la subsiguiente interposición del recurso de casación por infracción

²⁵ En la escritura, Don Angel y doña Carmen G.V. sostienen que han adquirido el lugar a título de herencia.

²⁶ En concreto, el 12-9-1916.

de ley, el Alto Tribunal confirma los anteriores pronunciamientos y certifica que los demandados son dueños de las fincas - componentes del lugar de Cabaleiro - que han tratado de reivindicar los demandantes, por haberlas usucapido con el debido cumplimiento de los requisitos estipulados en el artículo 1957 C.C., es decir, una prescripción adquisitiva ordinaria de diez años entre presentes.

En el enjundioso considerando segundo se concluye, con encomiable transparencia, que: "D. Pedro P. (comprador con el pacto de rescate) y sus hijos, los demandados, han venido poseyendo los bienes litigiosos quieta y pacíficamente, y sin interrupción, desde el 12 de octubre de 1908, fecha de la escritura de compra, hasta el 4 de septiembre de 1920, en que se celebró el acto conciliatorio, como trámite previo al pleito de que dimana el actual recurso, o sea durante más de diez años, siendo este período de tiempo el aplicable para la prescripción en el caso actual por no haber hecho los actores indicación alguna de hallarse ausentes, a los efectos legales, ..."

No se admite la alegación de los demandantes, conforme a la que "no debía contarse como posesión, a los efectos de la prescripción, todo el tiempo mencionado", porque, a juicio de éstos, "sólo empieza a contarse el plazo prescriptivo cuando ha terminado el retracto". Para el Supremo "esa distinción no tiene apoyo en ningún precepto expreso de la ley, la cual, por el contrario, supone, y de la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1896 (ya mencionada), se deduce transmitido el dominio desde que la venta se consuma con la entrega de la cosa, y desde ese momento el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones, con arreglo a lo establecido en el artículo 1.511 del Código civil, pudiendo por ello ejercitar todas las dominicales, que si bien estarán condicionadas durante el plazo del retracto en la forma establecida en los artículos 1.520 y 1.572 del expresado Cuerpo legal, pasado dicho plazo sin que el vendedor haya ejercitado su derecho cumpliendo lo prevenido en el artículo 1.518, como sucedió en el caso de autos, adquieren carácter de irrevocables, razones todas que obligan a estimar como eficaz para la prescripción toda la posesión de los demandados, que hay que reputar han poseído como dueños exclusivos, no sólo porque en tal forma adquirieron los bienes, según el título en que la fundan, sino también

y más principalmente, porque así lo han venido ejercitando de hecho durante todo el mencionado tiempo, ... ”.

No menos interesante se antoja el saber si al vendedor se le reconoce, luego de ejercitar *iere et libra* el *ius retrahendi*, la facultad de unir en provecho propio su posesión a la disfrutada por el comprador en tanto la cosa estuvo en poder del último, y continuar así, por su propia cuenta, la prescripción empezada o proseguida por dicho comprador. ¿Se produce, en suma, una acumulación o conjunción de los tiempos de posesión ganados por uno y otro?

Sí, y constituye *communis opinio*, aunque el camino para alcanzar tal pacífica decisión final admite distintas explicaciones.

Si se hace residir la cimentación jurídica del retracto convencional en la idea de un *novus contractus*, paralelo pero de sentido inverso a la venta primitiva con las posiciones negociales permutadas - ya se concluya al unísono que ella supeditándola a una condición suspensiva (cuyo advenimiento lo supone el ejercicio del rescate), ya surja sólo en manos del originario comprador la obligación de emitir una declaración de voluntad dirigida a celebrar la segunda venta (a retrovender) cuando el acto jurídico recuperador del vendedor así lo determine, ya la incorporación al negocio-básico de una simple oferta de retroventa futura -, se impone la adición de tiempos reseñada.

En efecto, una vez celebrado el segundo contrato de venta se recupera el bien, y el primitivo vendedor - ahora comprador - sucede al inicial comprador - actual vendedor - a título individual *inter vivos* y onerosamente, por cuanto, en aplicación del citado artículo 1960, 1ª C.C., completa aquél la posesión de su causante.

Si se adopta la tesis mayoritaria, que concibe al derecho rescatador como una condición resolutoria²⁷ que afecta directamente al dominio de la cosa objeto del contrato, es menester considerar que el cumplimiento de la misma - gracias al correcto uso del poder recuperador - borra todo vestigio o rastro de la venta - con los paliativos contemplados en los artículos 1519 y 1520 C.C. - en que se estipuló aquel derecho y revierte al patrimonio del vendedor el dominio cedido, aprovechándole la posesión del comprador a los efectos de la prescripción adquisitiva y liberatoria.

²⁷ Con las matizaciones expuestas en el epígrafe 3.2.

Como establece con perspicuidad la S.T.S. de 11 de octubre de 1995 - fundamento de derecho segundo -: "la resolución contractual produce efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos « ex nunc» sino «ex tunc», lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido²⁸".

A consecuencia de ello, en puridad, cuando se rescate y se operen los efectos retroactivos, se presume jurídicamente que el comprador no ha poseído y el vendedor no ha dejado de poseer: más que la presencia de una readquisición, se aprecia una reintegración del bien a la esfera propia del enajenante. No concurre, por ende, una pretendida e innecesaria adición de posesiones, sino una posesión unitaria que aprovecha al vendedor.

Según Ricci²⁹, la resolución de la venta por mediación del empleo del retracto implica que el contrato debe juzgarse como no realizado, y ello lleva a concluir que el comprador no ha gozado nunca de la propiedad del bien. "Por consiguiente - razona - , si él no ha sido y no puede considerarse como propietario, su posesión no puede suponerse con título de propiedad, porque ésta se considera como si hubiera quedado siempre en manos del vendedor. Debiéndose, pues, considerar a otro como propietario de la finca, el comprador no ha podido poseerla sino en nombre y haciendo las veces del mismo propietario, luego éste debe ser considerado como el verdadero y legal poseedor³⁰. En una palabra, el comprador se ha conducido como poseedor en nombre ajeno, y no hay adición de posesiones; antes bien, "es la misma posesión legítima del vendedor la que sigue continuada por quien conserva la finca en su nombre³¹".

Análogamente se pronuncia Laurent, para quien, en el supuesto de que se verifique el rescate, juega la presunción de que el comprador ha poseído por cuenta del vendedor³².

Otros autores, cual Brunetti o Limpens, aun defendiendo la idea

²⁸ Vid. asimismo el fundamento de derecho segundo de la S.T.S. de 17 de junio de 1986.

²⁹ *Derecho Civil teórico y práctico*, traducción por E. Ovejero, tomo XVI, Madrid, sin fecha, nº 51, p.p. 135 y 136.

³⁰ Ricci, F.: *Derecho Civil teórico* ..., cit., nº 51, p.p. 135 y 136.

³¹ *Ídem*, nº 51, p. 136.

³² Laurent, F.: *Principes* ..., cit., tome vingt-quatrième, troisième édition, nº 389, p. 378.

resolutoria, retoman la noción de conjunción de posesiones. El vendedor, conforme al razonamiento del último³³, al retraer no toma una posesión vacante, sino que sucede en la posesión que el comprador hubiera disfrutado en virtud del contrato. Es, en tal sentido, "auteur" del vendedor, lo cual le permite a este último apelar en su provecho al artículo 2235 C.C. galo (concordante con nuestro 1960, 1ª)³⁴ y agregar a su posesión la de su causante. Esto es, acaece como secuela del recobro la desaparición de la figura del adquirente a retro, de igual suerte que si nunca le hubiera correspondido la cualidad de *dominus*, y todos los actos - salvo los arrendamientos de que habla el artículo 1520 C.C., etc ... - que hubiera desplegado quedan así resueltos, mas no se cancelan los efectos de su posesión.

Se tendrá, argumenta Brunetti³⁵, " la retroactividad del título de propiedad, pero no de la posesión de que ha gozado el comprador, y el retrayente sucederá en la posesión al comprador, (si bien no en el dominio)". No elimina, pues, la realización del rescate el carácter exhibido por la posesión del adquirente: éste fue poseedor *uti dominus*, en nombre propio, a lo largo y ancho del período de posible recobro, y se mantiene tal realidad una vez recuperado el bien. No se finge, a partir de entonces, con alcance retroactivo, que poseyera *medio tempore* en nombre del vendedor, aunque conduce a iguales resultados prácticos que la anterior tesis, ahora por la vía de la suma de ambas posesiones diferenciadas: la del comprador y la correspondiente al transmitente.

En otro orden de cosas, iniciado el curso de una prescripción adquisitiva o extintiva de una servidumbre - o de cualquier otro derecho real poseíble: usufructo, censo, etc ... - en las relaciones entre la finca vendida y una del propio comprador, ¿resulta detenido su normal transcurso durante el término concedido para la utilización del derecho de rescate o, por el contrario, avanza inexorable, sin detenerse, hasta la llegada del *dies ad quem*?

Imagínese el siguiente supuesto: el vendedor disfruta - en tanto que

³³ Limpens, J.: *La vente* ..., cit. n° 2181, p. 759.

³⁴ Artículo 2235 C.C. francés: "Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux".

³⁵ *Del riscatto convenzionale* ..., cit., n° 46, p. 63.

titular de la finca vendida con la cláusula retractual - de un derecho de tránsito sobre un fundo del comprador, articulado jurídicamente en una servidumbre de paso discontinua³⁶, que no ejercita desde hace ya dieciséis años, y se estipula el cuatrienio como término recobrador. Al finalizar los cuatro años, rescata la finca y pretende utilizar la servidumbre sobre el predio sirviente. ¿Le cabe al comprador excepcionarle la completada prescripción extintiva por el no uso de la servidumbre durante dos décadas (artículo 546, 2º C. C.)?, ¿puede oponer para completar la prescripción el tiempo en que él mismo ha disfrutado del fundo dominante ?

En opinión del conspicuo Duranton, con un argumento enteco que no suscribo, el comprador prescribiría la libertad del predio por inejercicio de la servidumbre durante el período legalmente estipulado al efecto, para lo cual hay que sumar el previo y el posterior a la venta, si semejante plazo de inutilización se completa antes del rescate. Exige el jurista al vendedor, a fin de detener el transcurso prescriptivo, la realización de un acto interruptivo que se cifra: ora en un reconocimiento de la existencia de la servidumbre, en el contrato-básico, por parte del comprador, ora mediante una conducta desplegada por aquél después de la venta y antes de la consumación de la prescripción³⁷. El autor, partiendo de su afirmación de que el vendedor con pacto de retracto dispone de un derecho de propiedad condicional sobre la cosa, en honor del artículo 1180 del Código francés³⁸ (nuestro 1121,1) le autoriza a acometer actos conservativos de su derecho.

Ahora bien, si el tiempo requerido para la extinción de la servidumbre, por medio de la prescripción, no hubiese transcurrido todavía en el instante del rescate, la misma, fenecida por la confusión - entiende Duranton³⁹ -, tanto activa como pasivamente, renacería; pero no resurgiría bajo la apariencia de una nueva servidumbre, sino que los efectos de la confusión se borrarían, y las cosas serían consideradas como si nunca hubiera concurrido venta alguna.

Desmenucemos su inconsistente y afótica argumentación, criticada ya

³⁶ Aparente o no según que exista o falte un signo de su existencia.

³⁷ *Cours de Droit Civil* ..., cit., quatrième édition, tome neuvième, n° 411, p. p. 150 y 151.

³⁸ Artículo 1180 del Código francés: " Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit. "

³⁹ *Cours de Droit Civil* ..., cit., quatrième édition, tome neuvième, n° 411, p. 151.

por Troplong⁴⁰. En efecto, mediante la consumación de la compraventa-base se opera la extinción de la servidumbre, por confusión o reunión en una sola mano de las propiedades del predio dominante y sirviente⁴¹, afirmación que compartía Duranton.

En consecuencia, no se sostiene la construcción del último. Si el vendedor, con la *traditio* - en Francia simplemente con el título - deja de ser propietario del fundo, ya no le pertenece la servidumbre predial, porque la ha enajenado junto con la cosa, a la que sigue. A partir de entonces experimenta el transmitente una imposibilidad radical de ejecutar actos posesorios para el mantenimiento de la servidumbre: no cabe exigir actos conservativos de algo - un derecho - que fenece. Por ello, la prescripción ve suspendido su curso durante el término retractual, mientras el comprador resulte ser dueño del fundo dominante.

Abona además lo referido la propia configuración del derecho recuperador como un poder de corte resolutorio que, en virtud de su utilización, restituye las cosas a su *statu quo ante*, lo cual quebraría si el vendedor recobrara su heredad privada del derecho activo de servidumbre; máxime cuando no se desprendió definitivamente, al menos en principio - como constituye la razón explicativa, en su génesis, de la cláusula retractual - del bien enajenado.

¿ Qué sucede entonces ? Ocurre que el empleo exitoso del *ius redemptionis* resuelve el título gracias al que el comprador devino propietario y, con su efecto recolocador, devolverá al precedente dueño del fundo todos los derechos anteriores a la venta - siempre, hay que insistir, con las atenuaciones contempladas por ley, cual el artículo 1520 C.C.-. La servidumbre periclitada por la confusión experimenta en ese preciso momento una súbita resurrección, abandonando la prescripción, cuyo *dies a quo* arrancó precontractualmente, su fase de necesaria suspensión - por aplicación de la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio* -, que no de interrupción, que se extiende desde el día de la consumación de la venta hasta el del ejercicio del rescate, reemprendiendo tras éste su curso sin solución de

⁴⁰ *Le droit civil...*, De la vente, cit., quatrième édition, tome second, n° 737, p. 231 y 232.

⁴¹ Artículo 705 del Código francés y 546, 1º del español. Establece el primero: " Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main. "

continuidad.

6.1.1.5. Existen, por otra parte, dos limitaciones impuestas legalmente al comprador con pacto de retracto convencional respecto a la posición que ocuparía un comprador normal y sencillo:

6.1.1.5.1. Primera limitación = la relativa a la hipoteca de los bienes vendidos a retro (art. 107, 7º L.H.):

La carta de gracia - esto es, el dominio perfecto pero potencialmente interino, claudicante, resoluble - y el *ius retrahendi* materializan dos derechos de naturaleza real⁴², dotados de una acentuada significación patrimonial, lo que les convierte en objeto perfecto de enajenación e hipoteca, cada uno independientemente del otro.

Luego de la hostilidad de la ley de 1861 a permitir la hipoteca de los bienes vendidos a retro, que prohibió de modo expreso, así como de la omisión de cualquier alusión a una hipotética hipoteca del poder rescatador⁴³, eventualidad sobre la que no era menester pronunciarse porque las Partidas lo catalogaban como un derecho personal⁴⁴, las leyes hipotecarias de 1869 y 1909, ambas en su artículo 107,9º⁴⁵ regularon en un apartado único la hipoteca de los dos derechos reales - la propiedad y el derecho de redención -, situación que cambió con el advenimiento del texto de 1946, que les concede dos números sucesivos, el 7º y el 8º.

El número 7º disciplina la hipoteca de los bienes vendidos con la cláusula

⁴² Vid. la R. D. G. R. N. de 8 de enero de 1889 -considerando segundo -.

⁴³ Artículo 108, 9º L.H. de 1861: "No se podrán hipotecar:

- los bienes vendidos con pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada o resuelta. "=*Leyes Hipotecarias y Registarles de España*, Fuentes y Evolución, tomo I, volumen I, Leyes de 1861 y 1869, Madrid, 1989, p. 352.

⁴⁴ Vid. *supra* el epígrafe 5.1.

⁴⁵ Artículo 107, 9º L.H. de 1869: "Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que á continuación se expresan:

Noveno. Los bienes vendidos con pacto de retroventa ó á carta de gracia, si el comprador ó su causahabiente limita la hipoteca á la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, á fin de que si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, á no preceder para ello precepto judicial, ó si el vendedor o su causahabiente hipoteca lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho, y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. "=*Leyes Hipotecarias...*, cit., tomo I, volumen I, p. 532.

El artículo 107,9º de la L. H. de 1909 es reproducción exacta del anterior = *vid. Leyes Hipotecarias ...*, cit., tomo II, volumen I, Leyes de 1909, Madrid, 1989, p. 728.

recuperadora. El objeto de ese derecho real de garantía no lo representa la cosa enajenada, sino el dominio - aquejado por la nota de interinidad durante el término retractual - sobre ella⁴⁶, punto éste acerca del cual se maneja con mayor exactitud y propiedad el artículo 327,1, primero de la Compilación Catalana⁴⁷. Transparenta aquel número 7º una situación asimilable a la contemplada por el artículo 107,10º L. H., atinente a la hipoteca de los bienes o derechos sujetos a condiciones resolutorias expresas, visto que la posición mayoritaria en el entorno doctrinal y jurisprudencial, en lo relativo a la calificación jurídica del *ius redemptionis*, lo cataloga como una condición tal, que atenaza a la *res vendita*. La propiedad de las cosas enajenadas a carta de gracia está supeditada a la condición resolutoria de que se ejercite contra ellas o no de forma tempestiva la acción rescatadora y, por lo mismo, cabe que se sujete a hipoteca como derecho dominical con semejante clase de condicionamiento⁴⁸.

La legitimación le pertenece, no obstante la incompleta llamada de la ley, además de al "comprador o a su causahabiente", a aquel otro que merced a cualquier tipo de título devenga propietario del inmueble. La constituirá, pues, el comprador o quien de él haya recibido el dominio retráctil, o bien sus representantes legítimos o voluntarios. El que obtiene la propiedad lo hace con la nota de resolubilidad y, en consecuencia, si decide hipotecar, el derecho real de garantía aparece eslabonado a la posible incertidumbre que pende en torno a la cosa.

La hipoteca, por otra parte, ha de limitarse, según preceptúa el artículo 107,7º L. H. a "la cantidad que deba recibir [el dueño hipotecante] en caso de resolverse la venta"⁴⁹, es decir, en el momento en que el titular retractual actúe su derecho rescatador, que es el precio que medió en el contrato-básico.

La última afirmación no predetermina, por lo demás, que la hipoteca se proyecte sobre tal cuantía, ni que no quepa la constitución de la misma por un

⁴⁶ En rigor, la propiedad o el derecho real limitado enajenable que ostentare respecto al bien el adquirente a resultas de la tradición (artículo 106 L.H.).

⁴⁷ "La propiedad privada (recibida por el comprador a carta de gracia) es susceptible de transmisión y de gravamen."

⁴⁸ R.D.G.R.N. de 14 de enero de 1876 - considerando segundo -.

⁴⁹ Vid. la R. D. G. R. N. de 5 de marzo de 1888 - considerando cuarto -.

importe mayor que ella⁵⁰. La hipoteca interesa al dominio resoluble, pero nunca recae directamente sobre cantidades, y la correcta inteligencia de la citada indicación procede entenderla restringida al momento del ejercicio retractual. Sólo si, y no en otro supuesto, el titular rescatador utiliza con corrección su derecho, únicamente si maneja con acierto su poder recuperador frente al legitimado pasivo, sólo entonces la acción del acreedor hipotecario deberá limitarse a la misma cantidad que el retrayente se ve compelido a entregar al *dominus* hipotecante.

El titular presente del dominio - pues conforme al artículo 1511 C.C. puede gozar del bien y disponer de él por actos *inter vivos* o de última voluntad, en los mismos términos en que le correspondía al vendedor - acuerda la hipoteca sobre la cosa al intento de asegurar cierto crédito, valga lo que valiere la propiedad resoluble de aquélla; y, por regla general, semejante valor coincidirá con la suma que debiera recibir el retraído si el retrayente se anima a recuperar la *res vendita*. Sin embargo, bien pudiera hipotecarse la cosa por una suma superior, puesto que no se encuentra ningún precepto que proscriba que el importe asegurado rebase la estimación del objeto hipotecado; aquí, en particular, nada entorpece que consista en el valor íntegro de la misma finca ante la eventualidad de que acontezca la consunción del término retractual sin que se utilice el *ius redemptionis*. En ese lance, la garantía no operará respecto a la diferencia o exceso más que en el supuesto en que el rescatador no ejercitare su derecho en el plazo que para ello se le ha reconocido, caducidad del poder recuperador que manumitirá a la finca de esta causa de resolución de la propiedad.

En la hipoteca sobre el dominio de los bienes vendidos con la cláusula retractual interviene una ostensible restricción, que se plasma en la virtualidad resolutoria del derecho de recobro. Al rescatarse el inmueble - y provocarse la reaparición, en manos del retrayente, del dominio o derecho enajenado en su día - se cumple, como tiene a bien reconocer la R. D. G. R. N. de 26 de mayo de 1925 - considerando séptimo⁵¹ -, una condición que "repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiera realizado", eficacia retroactiva

⁵⁰ La hipoteca estará sometida a un límite, pero éste no será de cantidad, sino temporal (*vid.* el art. 107, 10º L.H.).

⁵¹ Análogamente, la R.D.G.R.N. de 27 de mayo de 1926 -considerando primero -.

o *ex tunc*, pero bajo ciertos paliativos o correcciones - cual los relativos a los arrendamientos de buena fe - en torno a los que incide el artículo 1520 C. C., con la aseveración de que el rescatador recuperará el bien recibéndolo " libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador " - recte: por él o su causahabiente -. El empleo triunfante del *ius retrahendi* genera, entonces, la extinción o fenecimiento de la hipoteca suscrita sobre el dominio del inmueble.

Empero, el ejercicio recuperador implica *per se* el desembolso, en favor del hipotecante-comprador, de una concreta cantidad de dinero, y el precio del rescate opera como sustituto de la hipoteca en su función aseguradora, según confirma, si bien de forma mediata, el artículo 107, 7º L.H., dado que requiere en este tipo de hipoteca el requisito formal de la notificación, dirigida a quien en el preciso instante de su constitución, a tenor del Registro, corresponda la titularidad del derecho retractual. Se impone dar conocimiento a éste "a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial". Se produce aquí, en el preclaro verbo de Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, una especie de subrogación real análoga a la de las indemnizaciones por seguro o expropiación de la cosa hipotecada⁵².

El acreedor hipotecario podrá cobrar, pues, su crédito en la cuantía que el precepto 107, 7º dispone, esto es, con la cantidad de dinero que el vendedor-retrayente abone al deudor-hipotecante, y si aquel acreedor hubiera dado mayor préstamo, dispondrá de acción personal contra el deudor por el exceso no garantido. Si el crédito hipotecario no hubiera vencido todavía cuando se use el derecho rescatador, ante el desacuerdo entre el acreedor y el hipotecante, al último se le admite que recurra al mecanismo de la consignación judicial, en aplicación analógica de lo establecido en la regla 6ª del artículo 175 R. H. - y también de las reglas 2ª y 4ª del mismo precepto, así como del 110, 2º L. H. -.

Respecto a este punto, el artículo 327,1, segundo de la Compilación Catalana prescribe que "si la redención se produce antes de la ejecución, en su caso, del gravamen, este acto será notificado fehacientemente al creditor,

⁵² *Derecho hipotecario*, octava edición, tomo VII, Barcelona, 1998, p. 479.

el cual podrá exigir la consignación de la cantidad pagada como precio de la redención, que quedará afectada al pago del crédito”.

El requisito de la notificación resulta de preceptivo cumplimiento, y se rechaza todo intento de supresión que pretendiera abandonar su acatamiento a la discrecionalidad o arbitrio del acreedor, sobre la base de que a él incumbe la vigilancia y defensa de sus intereses. En la autorizada opinión de Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, el menor empeño por violentar esta exigencia se torna intolerable, puesto que “ el titular del derecho de retracto no puede ser equiparado a un simple deudor al que se notifica la cesión del crédito a los efectos de vinculación con el nuevo acreedor, y cuyo efecto se produce igualmente por el hecho de que llegue a su conocimiento la cesión; el retrayente es un titular de un derecho real el cual debe vincularse por medio de la oportuna notificación de la existencia de la hipoteca, sin perjuicio de que deba responder de las consecuencias de su conducta dolosa dirigida a burlar el derecho del acreedor hipotecario⁵³”.

6.1.1.5.2. Segunda limitación = la referente al desahucio del arrendatario:

La segunda limitación la recoge el artículo 1572 C.C, relativa al arrendamiento de cosas sujeto a la legislación común, que guarda cierta relación con lo dispuesto en el artículo 1520 de idéntico texto. Ambos preceptos se proponen que ni la celebración de las ventas con pacto de recuperación ni el ejercicio del retracto alteren las locaciones pendientes⁵⁴.

El artículo 1571,1 C.C. español concede al comprador de una finca arrendada el derecho a provocar la terminación del arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario⁵⁵ y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

El precepto siguiente, el 1572⁵⁶, encierra una limitación de la

⁵³ *Derecho...*, cit., octava edición, tomo VII, p. 480, nota 10.

⁵⁴ Ahora se analiza el artículo 1572 C.C. El 1520 se estudia en el capítulo 9.

⁵⁵ Diversamente ocurre en Italia, en donde para que entre en juego tal facultad en favor del adquirente, el artículo 1603 de su vigente Código Civil requiere la existencia de una previa cláusula al efecto: esto es, que se conviniera que la locación pudiera resolverse en caso de enajenación.

⁵⁶ Son concordantes la ley 593 de la Compilación Navarra, el artículo 1604 del Código Civil italiano o el 1751 del

facultad que al comprador de la finca arrendada reconoce el artículo precedente - representada por el aforismo *emptio tollit locatum* -, limitación relativa al instante en que se puede instar el desahucio del locatario cuando la compraventa se ribetea con un pacto de retracto convencional. No se le tolera al adquirente, ante tal contingencia, servirse de la mentada facultad hasta que haya expirado el término de redención - o su prórroga - o, en su caso, hasta que se produzca la renuncia al derecho rescatador por parte de su titular.

Confluyen aquí dos intereses: el propio del comprador con la cláusula recobradora, que adquiere - como se ha tenido ocasión de reiterar una y otra vez - una propiedad potencialmente claudicante o prodrómica, pero plena y perfecta y, por ende, luce el derecho de aprovechar o gozar del fundo por sí mismo, por un lado; el derecho de carácter personal correspondiente al locatario, por otro. Y ese conflicto de expectativas e intereses lo resuelve la norma legal en provecho del derecho que disfruta de menor rango o intensidad jurídica, el del arrendatario. Impone al comprador no solamente respetar al locatario puesto por el vendedor, sino también la restricción de no poder utilizar contra aquél, mientras se encuentre vigente el término retractual, la acción de desahucio.

Entonces, frente a semejante planteamiento - *prima facie* contrapuesto a la lógica jurídica, pues otorga prioridad a un derecho personal sobre uno real; limitación que algún autor como Scaevola no duda en calificar de vejatoria⁵⁷, máxime teniendo en cuenta que nuestro Código no exige que la fecha del arrendamiento conste con fidenignidad⁵⁸ - hay que buscar su razón práctica. Y ésta se halla en las consecuencias que en la presente hipótesis podría engendrar el empleo del rescate.

Mientras el plazo para hacer uso del retracto convencional no expire, el dominio del comprador no es definitivo, y esta nota que caracteriza y define a toda la relación jurídica creada influye en mayor o menor medida en el ejercicio

Código belga.

⁵⁷ Código ..., cit., tomo XXIV, primera parte, edición revisada y puesta al día por L. Rodríguez-Arias Bustamante, Madrid, 1952, p. 665.

⁵⁸ Scaevola, Q.M.: Código ..., cit., tomo XXIV, primera parte, edición revisada, p. 664.

Sí lo exige, por ejemplo, el artículo 1743,1 del Código francés: " Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire, qui a un bail authentique ou dont la date este certaine. "

En el n° 2 señala: " Il peut, toutefois, expulser le locataire de biens non ruraux s'il s'est réservé ce droit par le contrat de bail. "

de los derechos que el mismo obtiene. Si el vendedor, al retraer el bien, recupera la misma propiedad que ostentaba antes del contrato-básico - con las salvedades que respecto de nuevos arrendamientos concertados por el adquirente durante el *spatium temporis* en que la *res vendita* obró en su poder sanciona el artículo 1520 C. C. -, de suerte que vuelven las cosas, a consecuencia del potencial resolutorio de su derecho, al estado y ser que tenían en el momento de la celebración de la compraventa, el vendedor debería responder de las obligaciones que contrajo con el arrendatario, y éste habría de entrar de nuevo en el disfrute de la finca arrendada, pero resultaría imposible de todo punto devolverle el goce perdido.

De ahí que, con objeto de conjurar las citadas inseguridades, se imponga la afirmación de la bondad de la letra del precepto y la alabanza de la limitación que contiene, remediándose así, por su concurso, una suspensión y un posterior renacimiento del contrato de locación, pues más vale - según sostiene García Goyena⁵⁹ - "aguardarlo que suscitar pleitos y complicaciones".

La limitación referida no impide, sin embargo, el ejercicio por el comprador, antes de la extinción del derecho de retracto, de la acción de desahucio contra el locatario si éste hubiese incurrido en cualquiera de las causas mencionadas en el artículo 1569 C.C.

Por lo demás, es obvio que las prescripciones del precepto 1572 C. C. sólo se aplican si el contrato de arrendamiento sobrevive a la venta con pacto de recuperación, y no si - según recoge la S. T. S. de 10 de junio de 1914 en su considerando segundo - en aquél se pactó expresamente que quedaría extinguido por el fallecimiento de alguno de los otorgantes o por la venta de las fincas sin necesidad de previo aviso, cosa que sucedió al enajenarse con la cláusula rescatadora.

Por último, y habida cuenta del carácter derogatorio que presenta el artículo 1572 respecto al inmediatamente anterior, se excluye su aplicación extensiva, de modo que no cabe trasladar su tenor a otros supuestos de venta de la cosa arrendada bajo condición resolutoria. Además, en la venta con pacto de retracto convencional la resolución del derecho del comprador no

⁵⁹ *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 466.

resulta sólo posible, sino que se revela muy probable, puesto que es, en concreto, el fin de reservarse el camino jurídico para el recobro del bien lo que le impele al vendedor a promover la adición de la cláusula al contrato-nodriza, convergiendo a partir de entonces todos sus esfuerzos hacia la consecución del rescate, mientras que en los otros casos de venta condicional esta resolución es puramente eventual.

6.1.1.6. La obligación del comprador de no hacer imposible la redención. Su responsabilidad por la pérdida o deterioro del bien vendido:

Al comprador con pacto de rescate no sólo le atenazan las limitaciones contenidas en los artículos 107, 7º L. H. y 1572 C.C., pues tiene también la obligación de no impedir el retracto, constituyendo un deber de buena fe a su cargo. Por ello, sin duda, se puede admitir una responsabilidad del mismo por haber impedido el recobro con su comportamiento culposo o doloso.

Al comprador le asiste, según sanciona el artículo 1512, en una traslación a nuestro ámbito de lo consagrado en términos generales en el 1111, en cuanto regula el régimen de la acción subrogatoria, el beneficio de excusión. Le corresponde al adquirente, al igual que a todo tercero no obligado personalmente, exigir de los acreedores del vendedor que se hagan pagar sobre los bienes de que éste siga siendo propietario antes de perseguir los que se han vendido con la cláusula.

Si el vendedor ofrece retraer en condiciones legales mediante el abono del mismo y total precio que hubiere percibido él en su día - así como con el cumplimiento de los restantes capítulos del artículo 1518 C.C. -, el comprador tiene obligación de recibirlo y devolver la cosa en el estado en que se encuentre⁶⁰.

El Código Civil alude a los derechos y acciones atañedores al comprador, mas silencia - como se vio - lo relativo a sus obligaciones, y no establece la atribución de eventual responsabilidad por la pérdida o deterioro del bien

⁶⁰ Con sus accesiones naturales, según reza, por ejemplo, en el art. 1941,1 del Código Civil colombiano o en el 1883,1 del chileno.

vendido, cosa que sí efectúan el Código ultra-rhenano y algunos textos iberoamericanos. Empero, entre nosotros, y dada la configuración del derecho rescatador como una condición resolutoria moderadamente potestiva o, si se quiere, como derecho resolutorio, cabe el recurso por analogía a las disposiciones contenidas en los artículos 1122 y 1123 C.C. En vista de lo cual, la materia de los riesgos queda así regulada:

1. el comprador responde al vendedor de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa (art. 1122, reglas 2ª y 4ª y 1123)⁶¹.

El comprador, en tanto que *dominus* con iguales atribuciones y extensión que si fuera propietario definitivo, agavilla en sí un *ius utendi et abutendi*, pero, en caso de recuperación, deberá responder hacia el vendedor - o en su caso, frente al retrayente - de un uso anormal del bien, porque al respecto se ha comprometido aceptando el pacto. Es verdad que el vendedor no dispone de acción *pendente condicione* para evitar ese abuso, mas puede servirse - a fin de ponerle fin - del poder recobrador y, si ha lugar a ello, acto seguido, reclamar la oportuna indemnización.

Y si los daños hubiesen sido ocasionados por un tercero, el vendedor se subrogará en aquellas acciones que compitieran al comprador por razón de los mismos.

2. La pérdida o perecimiento fortuito de la cosa hace desaparecer el derecho de rescate (art. 1122, regla 1ª en relación con el 1123), sin que su hasta entonces titular tenga derecho a indemnización. El *periculum rei* sólo retorna al vendedor con la *redemptio*.

Igualmente, el deterioro fortuito corre de cuenta del retrayente (regla 3ª del art. 1122) si aun así decide utilizar el retracto, y no le cabe solicitar una reducción del precio recuperador. Por el contrario, si el menoscabo obedece al concurso de culpa por parte del comprador, el *redentor* tiene derecho a exigir daños y perjuicios. (art. 1101 C.C.).

⁶¹ Vid. el artículo 1385 del Código argentino, el 1941, 2 del colombiano, o el 1883, 2 del chileno.

6.2. La posición jurídica del vendedor:

El vendedor, no obstante la transmisión del dominio - o si él no era propietario, y gozaba únicamente de la cualidad de poseedor, el traspaso de ésta - al comprador, conserva todavía un cierto interés en la cosa, que permanece durante algún tiempo - el correspondiente al término retractual - subyugada a la libre potestad decisoria del enajenante, autorizándole para provocar *ad libitum*, a través de la realización de un derecho que se reserva - el *ius retrahendi* -, el retorno del bien a su esfera patrimonial. Este derecho recuperador es, por lo demás, el único de que el vendedor se beneficia *medio tempore* sobre el objeto contractual.

El comprador asume, por intermedio de la tradición en cualquiera de sus formas, todos los derechos y acciones que el vendedor atesoraba con carácter previo al contrato-básico sobre la *res vendita*. En razón de ello, aparecen inicialmente ineficaces para el adquirente los contratos celebrados, sin su poder o autorización, por el enajenante durante el período rescatador, mas adquieren eficacia si el comprador les presta *a posteriori* su consentimiento - los ratifica -, en consonancia con la norma del artículo 1259, 2 C.C.

El vendedor a retro, conviene insistir, se halla desprovisto de todo poder, derecho o facultad de controlar o de intervenir en los actos que el comprador - o eventuales subadquirentes - acometan sobre el bien, al intento de vigilar su ejercicio o de comprimir el dominio de cualquiera de ellos. No puede tampoco obligar, a menos que se hayan convenido reservas formales al efecto, a la explotación del fundo vendido tal y como lo venía disfrutando él, o a no explotarlo sino dentro de los límites de un normal y usual aprovechamiento, incluso si - como tuvo ocasión de señalarse con anterioridad - el rendimiento que el comprador persigue del fundo conduce irrefragablemente a su deterioro.

Como ejemplos de estipulaciones atinentes a la utilización por el comprador - o bien sus causahabientes - del derecho transmitido brotan la reproducida en la S.T.S. de 28 de diciembre de 1864 - resultando primero -, que sancionó que el comprador no disfrutase de la facultad de uso de los

productos de la cosa adquirida a retro antes de cierto día; o la hipótesis residenciada en la S.T.S. de 9 de noviembre de 1882 - resultando primero -, en la que se acordó que al comprador no le cupiera enajenar, ni gravar la finca vendida, mientras estuviese vigente el derecho redentor.

Interesa, en conexión con lo anterior, sacar a colación la pertinencia de conferir al vendedor una acción de conservación similar a la de devastación en la hipoteca, en una propuesta de Borrell y Soler. A su juicio, resultaría justo que el titular del retracto pudiera velar por la conservación de la cosa vendida, con objeto de que, en caso de recuperarla, ésta se hallare a cubierto de cualquier posible menoscabo, a semejanza de lo explicitado en el artículo 117 L.H. en favor del acreedor hipotecario «cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño...»⁶².

Empero, la necesidad de la medida en el terreno de la venta con pacto de rescate es menor, pues por definición nada le impide al vendedor, en cualquier momento del período de vigencia retractual, utilizar ese derecho, mientras que el acreedor hipotecario debe aguardar al vencimiento de la obligación principal asegurada, momento en el que le cabe el ejercicio del *ius distrahendi* (artículo 1858 C.C.).

Ante la carencia de un dispositivo actual que proteja los intereses del último, se redacta el precepto mentado de la L. H., recurso que carece de oportunidad en la venta con la cláusula redentora, ya que el vendedor no tiene por qué esperar hasta la llegada de ninguna fecha predeterminada - salvo la fijación de un término dilatorio - para el cabal empleo de su derecho, siendo capaz de rescatar tan pronto como adviene el *dies a quo* del período recuperador.

En segundo lugar, el vendedor a retro no tiene obligación de recuperar, de manera que, si por sufrir el bien una disminución de su valor no le conviene ya la redención, basta que deje transcurrir el término retractual, y el perjuicio lo soportará a título definitivo el comprador.

Estrambótico se manifiesta el planteamiento defendido por las Ss. T. S. de 13 de mayo de 1884 - considerando primero - y 17 de junio

⁶² El contrato de compraventa..., cit., p.260.

de 1920 - considerando tercero -. Se arguye, en el primero de tales pronunciamientos, al que el segundo se remite, que en las ventas con cláusula rescatadora, "no habiendo transcurrido (...) los cuatros años del pacto de retroventa, no podía la vendedora entablar la acción de nulidad ni de rescisión, cuando tiene expedito el medio de dejar sin efecto la enajenación, por medio de la entrega del precio".

A semejante conclusión - estilísticamente paupérrima - llega el Alto Tribunal luego del análisis pormenorizado de unos hechos, que expuestos con brevedad quedan así:

En escritura pública otorgada el 12 de julio de 1879, doña Jesusa C., de veintisiete años de edad, con licencia expresa de su marido D. Apolinar del B., de veinticuatro años, vendió cinco fincas con pacto de retroventa - por término de un cuatrienio y precio de 4.500 pesetas - a D. Toribio Z., quien actuó en representación y como apoderado de su hermana doña Ambrosia Z. La vendedora quedó como arrendataria y, en concepto de renta, se obligaba a pagar 1.000 pesetas anuales a doña Ambrosia.

A través de otra escritura de 30 de abril de 1880, doña Jesusa, con licencia de su marido D. Apolinar - que compareció en el acto asegurando que tenía veinticinco años, según constaba en su cédula personal - vendió a D. Toribio Z., por precio de 14.000 pesetas, un majuelo con pacto de retracto convencional, cuya duración se fijaba en un bienio. De nuevo, al igual que en la enajenación precedente, Doña Jesusa devino arrendataria del mismo, a cambio del desembolso anual - abonable en el mes de septiembre - de 1.120 reales.

Doña Jesusa, ausente su marido en ignorado paradero - por cuya razón el Juzgado la autorizó a litigar -, interpuso una demanda el 13 de septiembre de 1882 por la que pedía la nulidad - se solicitaba, más precisamente, a un tiempo, la nulidad o rescisión, pues, al parecer, se habían vendido los bienes en menos de la mitad del justo precio, cuestión que ahora no interesa - de las escrituras vistas y, como consecuencia de tal declaración, que D. Toribio Z., por sí y en representación de su hermana doña Ambrosia, hiciese entrega a la demandante de las fincas que aquellas comprendían. Adujo, en defensa de su petición, que en las fechas en que se otorgaron las escrituras, D. Apolinar - su

marido - era menor de edad, circunstancia que se desprendía de su partida de bautismo, y que así lo había confesado él en la primera de aquéllas, por cuanto no se habían cumplido los requisitos que para ese tipo de ventas - de inmuebles - en las que intervinieran menores establecían los artículos 1.401 y siguientes de la anterior L. E. C., cifrados en el concurso de la preceptiva autorización judicial.

La primera instancia absolvió a D. Toribio Z. - por sí y como apoderado de su hermana doña Ambrosia - de la demanda sobre rescisión y nulidad de las escrituras de venta.

La segunda instancia confirmó la anterior por medio de la Sentencia de 6 de diciembre de 1883, lo cual condujo a doña Jesusa a la interposición de un recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo, en su considerando primero, estimó que la Sentencia impugnada no contravenía esos artículos referidos de la L. E. C., porque los bienes de que se trataba no eran de menores, sino de una mujer casada mayor de edad, cuyo marido, en el momento del otorgamiento de la correspondiente licencia, pasaba de los dieciocho años. A continuación, apreció - como se reprodujo líneas más arriba - que mientras fuera posible el ejercicio del rescate, la vendedora no podía servirse de la acción de nulidad o de rescisión, pues conseguiría con semejante ejercicio retractual análogo efecto práctico final: dejar sin efecto la enajenación merced a la entrega del precio.

No comparto el parecer del Alto Tribunal. La accesoriedad que rige la relación entre el pacto de retracto convencional y el contrato-cimiento se proyecta, también, sobre el extremo al que se refiere la Sentencia. La acción prevista por el ordenamiento jurídico para denunciar la nulidad o mera anulabilidad o impugnabilidad de la compraventa-básica no ha de supeditarse, en absoluto, a la existencia y operatividad de un derecho de rescate. Si resulta aquélla radicalmente nula por concurrir las deficiencias que así lo motivan, se aplica el régimen general propio de situaciones tales: la acción o excepción para hacerla valer corresponde a todo interesado en su declaración, es imprescriptible, etc ... Si el contrato padece simple anulabilidad, habrá de acudir, por su parte, al régimen diseñado *ex lege* para proceder a su

impugnación: caducidad de la acción, legitimación activa restringida a ciertas personas, etc...

Y nada obliga a recurrir al *ius redemptionis* en lugar de a la acción de anulabilidad en tanto el primero se halle vigente, por más que los resultados prácticos que una y otra vía ofrecen se aproximen: como efecto de la utilización triunfante de la acción de anulabilidad, según prescribe el artículo 1303 C. C., los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo las excepciones contenidas en los siguientes preceptos; a consecuencia del ejercicio con éxito del rescate, el vendedor - o titular derivativo del derecho retractual - recupera el bien contra el abono al retraído de las cantidades debidas, reponiéndose en la medida de lo posible la situación previa a la celebración de la venta - resolución con efectos retroactivos, ligeramente atenuada: artículo 1520 C. C. -, y los frutos de la cosa se compensan con los intereses del precio (artículo 1519 C.C.).

6.2.1. El carácter cedible *inter vivos* y *mortis causa* del derecho de rescate:

El derecho de retracto convencional se halla dotado de un apreciable carácter patrimonial (artículo 1512 C.C.), esto es, posee un valor económico cierto⁶³ y, como cualquier otro derecho que no nazca *intuitu personae*, resulta transmisible e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Por lo tanto, salvo que se configure con naturaleza subjetivamente real - en cuyo caso, si se ha establecido a título expreso la intransmisibilidad, será esta convención ley *inter partes*, y el eventual traspaso del derecho rescatador incurrirá en nulidad intrínseca -, se presta a la enajenación - con o sin pacto de rescate, y tanto *inter vivos* cuanto *mortis causa* - o al gravamen en cualquier modo: así, el artículo 107, 8º L.H. consagra normativamente la facultativa hipoteca del mismo. Ello recibe el beneplácito unánime de la doctrina y del derecho comparado, si bien con alguna aislada excepción, cual la representada por el § 1070 del Código austríaco, que rechaza el carácter

⁶³ S.T.S. de 8 de junio de 1960 -considerando primero -.

cedible del *ius redemptionis* sobre la base del criterio de personalidad que inspira su caracterización en tal legislación, que impide al vendedor transferir su derecho a sus herederos o a terceros⁶⁴.

Se permite, pues, una transmisión del derecho de retracto convencional, bien derivada de actos *inter vivos*, bien dimanante de los *mortis causa*. Respecto a lo primero, hay que afirmar que la cesión de nuestro poder rescatador era ya aceptada por el Derecho Romano, dado que no pugnaba, en absoluto, con el alma del instituto: al aparecer dibujado cual derecho esencialmente pecuniario, no cabía calificarlo como un *privilegium personae*⁶⁵.

Ante la ausencia de disposiciones específicas sobre la cuestión, habían de aplicarse los principios generales reinantes en la materia de transmisión de acciones. En ese sentido, en el *Código de Justiniano* (4,54,2) se habla de la *actio praescriptis verbis* y de la *actio ex vendito* reconocidas al titular del rescate. El vendedor podía, por consiguiente, *mandare actionem* a los otros, y el cesionario ejercitaba la acción como representante del cedente, pero en beneficio propio, es decir, en calidad de *procurator in rem suam*⁶⁶.

En lo atinente a la transferencia *mortis causa* del derecho recuperador, la citada referencia del *Código* (4,54,2) contenía sin circunloquios semejante posibilidad, al disponer que: "si tus ascendientes vendieron un fundo con esta condición, que fuese restituido, ya si sus herederos le hubiesen ofrecido en algún tiempo o dentro de ciertos plazos el precio al comprador,..."⁶⁷; extremo que el Código Español ha sancionado, en vía mediata, en los artículos 1514 y 1515.

No obstante, si eso conforma la tónica general, en vista de la índole dispositiva de esta faceta jurídica de la institución, nada obstaculiza que las partes consientan en insertar en el pacto - según se vió - una estipulación por la que se limite el ocasional ejercicio del rescate a la persona del vendedor, supuesto contemplado por la R. D. G. R. N. de 31 de diciembre de

⁶⁴ § 1070 del Código Civil austriaco: "(...) Er [der Verkäufer] kann sein Recht weder auf die Erben noch auf einen anderen übertragen."

⁶⁵ Se colige *a sensu contrario* del *Digesto* (44,1,7): "Las excepciones que son personalísimas no son transmisibles,... " = *El Digesto de Justiniano*, tomo III, libros 37-50, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuentesecca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, 1975, p. 448.

⁶⁶ *Digesto*: (10, 2, 2, 5), (17, 1, 8, 10), (3, 3, 34 y 35), (2, 14, 13,1).

⁶⁷ En *Cuerpo de Derecho Civil Romano a doble texto*, traducido al castellano del latino por I.L. García de Corral, segunda parte, Código, tomo I, Barcelona, 1892, p. 523.

1934 - considerando tercero -, o por la S. T. S. de 29 de octubre de 1926 - resultando segundo, letra D -.

6.2.2. Alcance y efectos jurídicos que se derivan de la venta, por el titular retractual, de la *res vendita*:

Toca el turno ahora a otra faceta en apariencia espinosa de la cuestión: ¿Qué sucede si el vendedor - o el titular derivativo del derecho de retracto convencional - no se circunscribe a realizar una enajenación - sea venta pura y simple, sea con un nuevo pacto de rescate - de su *ius redemptionis*, sino que procede a la enajenación de la misma cosa?

Algunos autores, por lo general la escuela francesa con Duranton y Troplong⁶⁸ a la cabeza, reconducen la referida venta del bien a la cesión del derecho recuperador.

Su discurso parte de una distinción inicial: la mención por el vendedor del derecho de rescate que le corresponde sobre el bien, o el silenciamento de tal posición jurídica.

Primera variante: el vendedor, en lugar de ceder no más que su *ius retrahendi*, opta por enajenar el bien contemplándose todavía a sí mismo como propietario de él, pero declara en el contrato de venta la existencia en su favor de aquel derecho. En ese supuesto, la operación ha de verse como cesión del derecho de redención.

El primer comprador no podría desplazar al segundo con la alegación de que él, mientras no se ejercitara el rescate en término hábil para ello, era el auténtico *dominus* de la cosa y, en consecuencia, el vendedor procedió a una venta de un bien ajeno, contrato nulo a tenor del artículo 1599 del Código galo⁶⁹. Muy al contrario - estiman estos juristas -, en el instante de la segunda venta nada obsta que al vendedor se le considere propietario, en aplicación de la máxima "*is qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere*

⁶⁸ Duranton: *Cours de Droit Civil* ..., cit., quatrième édition, tome neuvième, n° 408, p. 150; Troplong: *Le Droit Civil* ..., cit., De la vente, quatrième édition, tome second, n° 702, p. p. 196 y 197; Zachariae, C. S.: *Cours de Droit Civil Français* ..., tome deuxième, Strashourg, 1839, § 357, p. 544.

⁶⁹ : "La vente de la chose d'autrui est nulle; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui."

videtur". Y en lo relativo al segundo comprador, a quien se informó por el enajenante de la existencia del derecho retractual, no se le toleraría la invocación de la nulidad de la venta que se le ha hecho a partir de aquel precepto, porque sabía bien lo que compraba⁷⁰.

Segunda variante: el vendedor enajena pura y simplemente el bien, sin aludir a su derecho rescator. Ante semejante hipótesis, se considera que éste, de ejercitar en el plazo útil el retracto, privaría al segundo comprador de todo motivo de queja; y al primer comprador no le cabría oponer, en aras de la evitación de la recuperación, la presencia del segundo contrato de venta, pues este contrato respecto a él supone *res inter alios acta quae aliis nec nocet nec prodest*.⁷¹

En mi opinión, la cesión del derecho redentor y la enajenación de la *res vendita* constituyen negocios diferentes, en modo alguno identificables.

Si el vendedor con pacto de rescate decide vender a un tercero su derecho de recuperación, la operación jurídica se traduce en una cesión del derecho, lo cual no plantea ninguna controversia.

Si el vendedor decide enajenar, no su derecho recuperador, sino el propio bien - tanto da que refiera la existencia del derecho cuanto que la oculte -, se produce la celebración de una venta de cosa ajena, a la que cabe analizar de conformidad con lo predicable en abstracto de este tipo de ventas.

Si el vendedor rescata antes del momento en que hubiera de cumplir su obligación de entrega, devendría propietario y, gracias a la tradición, transferiría el dominio al nuevo comprador.

En el supuesto de que el vendedor no rescate con anterioridad a ese instante, se asistiría, por su parte, a un incumplimiento contractual por falta de realización de la prestación debida, lo que le haría responsable frente a la contraparte.

Finalmente, ante el interés que la cuestión ha suscitado en la doctrina, no resulta ocioso preguntarse si al vendedor le es factible gravar la cosa

⁷⁰ Duranton: *Cours de Droit Civil* ..., cit., quatrième édition, tome neuvième, n° 408, p.150; Troplong: *Le Droit Civil* ..., De la vente, cit., n° 702, p. 196.

⁷¹ Duranton: *Cours de Droit Civil* ..., cit., quatrième édition, tome neuvième, n° 408, p.150; Troplong: *Le Droit Civil* ..., De la vente, cit., quatrième édition, tome second, n° 702, p. 197.

enajenada con pacto de retracto convencional con servidumbres, hipotecas o prendas durante el término rescatador, así como, si la respuesta resultara afirmativa, fijar el momento a partir del cual adquirirían eficacia.

Juristas como Guillaouard, Brunetti, Pacifici-Mazzoni o Zachariae⁷², al reconocer al vendedor - titular originario del poder rescatador - un derecho eventual de propiedad subordinado a la condición suspensiva del rescate, le permiten la constitución de los aludidos derechos reales sobre el bien, mas no gozarán de eficacia sino cuando se ejercite la recuperación, esto es, para decirlo con una fórmula clásica: si *dominium adquisitum fuerit*. Someten, por ende, la aptitud jurídica de tamaños derechos a la misma condición suspensiva que afecta al dominio del vendedor, de suerte que el cumplimiento de ella los validaría con alcance retroactivo.

Por el contrario, si no se opera la redención, o si ésta se efectúa por un tercero cesionario de la facultad, aquéllos habrán de considerarse no concedidos. Mas, si el derecho real lo ha establecido el vendedor - o su cesionario - con el consentimiento del comprador, subsistirá incluso si no se ejercita el recobro.

Semejante razonamiento se sustenta en una construcción artificiosa, que introduce un elemento de incertidumbre, en extremo molesto, en las relaciones jurídicas nacidas de la venta con pacto de retracto convencional. Más vale atenerse a la tesis aquí defendida previamente, a tenor de la que el contrato-base se comporta cual si se tratara de una venta ordinaria, y priva - coincidiendo con su consumación - al enajenante de todos sus derechos prenegociales respecto al bien. Es ya bastante que los derechos conferidos por el adquirente a terceros puedan permanecer sumidos en la incertidumbre tan largo tiempo como planea la amenaza del ejercicio del rescate, para no agregarle un riesgo en sentido opuesto respecto a los derechos de aquellos con los que el vendedor llegue a contratar *medio tempore*.

La venta con la cláusula redentora⁷³ no sería una venta verdadera si

⁷² Guillaouard, L.: *Traité de la vente* ..., cit., tome second, n° 660, p.p. 195 a 197; Brunetti, A.: *Del riscatto convenzionale* ..., cit., n° 35, p. 48; n° 36, p. 49 y 50; n° 40, p. 57; Pacifici-Mazzoni, E.: *Istituzioni di Diritto Civile* ..., quarta edizione, volume V, parte speciale, cit., números 101 y 102, p. p. 115 y 116; Zachariae, C.S.: *Cours de Droit Civil Français*, cit., tome deuxième, § 357, p.p. 544 y 545.

⁷³ No me estoy refiriendo al supuesto en que a una venta con la cláusula retractual se le agregue un

dejara subsistir un derecho de propiedad sobre la cosa en provecho del vendedor, incluso si este derecho se hallase gravado con una pretendida condición suspensiva. No es de recibo que el vendedor enajene la propiedad del objeto contractual y a la vez atesore sobre él los atributos caracterizadores del dominio. Y los artículos 536 y 1857, 2º C. C, exigen - como requisito esencial - que las servidumbres voluntarias, así como la prenda y la hipoteca, respectivamente, se instauren por los propietarios del bien.

6.2.3. La hipoteca del derecho de retracto convencional:

Al igual que la propiedad de la *res vendita*, también el poder rescator es hipotecable (artículo 107, 8º L.H.)⁷⁴, lo cual no autoriza a afirmar que represente el mismo una variante o modalidad especial de dominio, sino únicamente que encarna un derecho real enajenable (artículos 106, 2º L. H. y 1874, 2º C.C.).

La legitimidad para la constitución de esta hipoteca le compete al titular contemporáneo del derecho de rescate, ora el primitivo vendedor, ora su causahabiente.

El objeto de la hipoteca se concreta, con encomiable fortuna, por el actual precepto 107, 8º L. H. en el *ius retrahendi*, cualquiera que fuera su valor. Se separa así, diametralmente, del precedente evidenciado en el artículo 107, 9º de la L. H. de 1869, que reconducía la hipoteca en cuestión a "lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta". En suma, que lo que se hipotecaba era la finca en la parte de valor atribuida o reconocida al derecho rescator. En razón de ello, tanto el vendedor como el comprador, ambos, hipotecaban el inmueble en su dominio pleno. Pese al cambio insertado en el texto codificado, cuyos artículos 1510 y 1520 consagraron a título definitivo el carácter real del derecho recuperador, la impronta del precepto hipotecario de 1869 permaneció inmutable - la S. T. S. de 4 de marzo de 1893 - considerando primero⁷⁵ - atestigua

pacto de reserva de dominio.

⁷⁴ La ley 597,1 de la Comp. Nav. atribuye al derecho de retraer dos adjetivos: " hipotecable y adjudicable, a no ser que se hubiese establecido como personalísimo ". El artículo 326,4 de la Comp.Cat. elige una genérica referencia, que lo hace " susceptible de transmisión y gravamen ".

⁷⁵ "... el párrafo noveno del art. 107 de la Ley Hipotecaria no faculta al que hubiere vendido bienes con pacto de

su aplicación práctica -, y se trasladó su tenor *de verbo ad verbum* al artículo 107, 9º de la ley de 1909⁷⁶.

Las leyes pretéritas mentadas se conducían, desde un punto de vista jurídico, de un modo desacertado, porque la hipoteca - según se ha apuntado ya - no recae nunca en vía directa sobre cantidades. En el terreno económico, la presencia del derecho recobrador incide incuestionablemente en el precio del contrato-nodriza, y determina que éste no alcance la cuantía a la que de seguro llegaría si no interviniera la cláusula retractual; es más, se produce una reducción apreciable, que el actual artículo 46,1 del Reglamento de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados sitúa, de cara a las operaciones tributarias, en un tercio⁷⁷. Sólo en este sentido cabe hablar de una escisión, en lo relativo al precio de venta de la cosa: el dominio resoluble que corresponde al vendedor vale la cantidad que deberá abonar el retrayente para recuperar el bien, alrededor de los dos tercios de su importe de tasación; el valor del derecho de rescate, por ende, se ve representado por la fracción restante.

Por otra parte, la hipoteca sobre el dominio del inmueble únicamente la puede establecer el propietario (cfr. art. 1857, 2º C. C.), condición que no ostenta de presente - y que tal vez nunca vuelva a ostentar - el titular retractual. El único derecho que éste disfruta sobre el bien consiste en el poder rescatador. No se aprecia un desdoblamiento dominical entre el derecho recuperador y el dominio redimible, presunta bifurcación contra la que se pronunció sin ambages y con solidez el artículo 1511 C.C.

Un elemento característico de la hipoteca sobre el derecho rescatador radica en el temple caducable del mismo. Y esa nota proyecta su influencia sobre la propia hipoteca, pues el decaimiento del derecho motiva la muerte

retroventa para constituir hipoteca sobre su derecho de retraer, sino inmediata y directamente sobre los bienes retrovendidos, si bien tan sólo en cuanto al mayor que tuvieren después de descontado lo que el comprador deba percibir si la venta se resolviera; y no siendo hipotecable aquel derecho, tampoco puede su embargo afectar en perjuicio de tercero la libertad de los bienes retrovendidos."

⁷⁶ Vid. la nota 45.

⁷⁷ Art. 46,1 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto núm. 828/1995, de 29 de mayo, B.O.E. de 22 de junio de 1995 - núm. 148 -): "En las transmisiones de bienes y derechos con cláusula de retro, servirá de base el precio declarado si fuese igual o mayor que los dos tercios del valor comprobado de aquéllos. En la transmisión del derecho a retraer, la tercera parte de dicho valor, salvo que el precio declarado fuese mayor. Cuando se ejercite el derecho de retracto servirá de base las dos terceras partes del valor comprobado de los bienes y derechos retraídos, siempre que sea igual o mayor al precio de la retrocesión."

simultánea de ella. Es un supuesto, sin embargo, poco probable, dado que el concurso de esa restricción determina que, normalmente, se procure que el crédito hipotecario venza antes del *dies ad quem* del término retractual, de manera que se le abra al acreedor un camino expedito para el empleo, a través de la acción subrogatoria, del *ius redemptionis*, ejercicio que impedirá su caducidad. Ello con la particularidad de que, en esta hipótesis, el acreedor no precisa practicar la previa excusión de bienes del deudor, toda vez que los designios del artículo 1512 C. C. se refieren a los acreedores personales, mas no al hipotecario, para quien el significativo silencio de la norma aplicable (el 107, 8º L. H.) descarga, como no podía ser de otra forma, de la operación.

El precepto legal impone un adicional requisito al acreedor hipotecario: si desea cobrar la deuda, como paso primero, debe ejercitar el derecho recuperador, del que es titular su deudor. Después de que se consiga, gracias a ello, el retorno del bien - o bienes - al patrimonio del último, en un segundo momento - y no antes -, se procederá por el acreedor ejecutivamente contra él - o ellos -.

El planteamiento legal exige al acreedor que, en nombre del deudor, utilice el derecho de recuperación, mención al sujeto pasivo de la obligación que cabe entender referida más precisamente, al titular del derecho rescatador.

Se presenta ociosa en apariencia la alusión que el artículo efectúa a la necesidad de ejercitar el rescate, por el acreedor, en el tiempo en que el deudor tenga derecho a hacerlo. Obviedad de la mención que induce a Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill⁷⁸ a interpretarla, no como relativa al plazo de vigencia recuperadora, pues es algo que por natural se sobreentiende, sino atinente a aquel período de cada año al cual se limita ciertas veces el ejercicio del *ius retrahendi* en las ventas a carta de gracia convenidas - en territorio foral - por tiempo indefinido.

Se fuerza, por otro lado, al acreedor a la anticipación de la cantidad pertinente para rescatar. Exigencia que encierra un ofendículo para él, máxime cuando el mayor valor de la finca no cubra el importe de su crédito.

⁷⁸ *Derecho...*, cit., octava edición, tomo VII, nota 15, p. 482.

Si el vendedor ejercitare el derecho de rescate que hubiere hipotecado, la hipoteca subsistirá y pasará a recaer directamente sobre los bienes retraídos (artículo 107, 8º, § 2 L. H.). Se vislumbra, por ello, una clara diferencia entre las reglas recogidas en los §§ 1 y 2 del mismo precepto, que se cimenta en las personas a quienes puede afectar la hipoteca. En el supuesto del § 1, la hipoteca constituida por el vendedor interesa a su derecho recuperador, su *ius in re aliena*, derecho cuyo ejercicio le permitirá readquirir el dominio de la cosa; en vista de que el dueño presente del fundo no participó en la concertación de la hipoteca, no se faculta al acreedor a proceder ejecutivamente contra el inmueble: no se le reconoce la posibilidad de agredirlo sin retraerlo. El procedimiento al que recurre la ley para hacer efectivos los derechos atribuidos al acreedor se cifra en la eliminación del actual *dominus* del bien, retrayendo el fundo a través del manejo de la acción subrogatoria para, acto seguido, actuar sobre el mismo.

En el § 2 se disciplina el caso en que el vendedor o sucesivo titular retractual hubiera hipotecado el *ius redemptionis* que le corresponde y, después, lo empuñe con éxito. La hipoteca, entonces, subsistirá, pero no se proyectará ya sobre el derecho rescatador - que se ha agotado con su triunfante ejercicio -, sino que incidirá, a partir de ahora, en el dominio sobre el bien - o bienes antes vendidos - que se recuperan. La sucesión de operaciones - hipoteca y rescate - autoriza al acreedor a encauzar su acción directamente contra la finca.

El § 1 ha sido, con razón, criticado de forma rotunda y con unanimidad por la doctrina, que lo califica de complicado e inútil⁷⁹. Contradice la disposición los preceptos reguladores de la enajenación forzosa del derecho hipotecado, al no permitirse, con el circunloquio legal, que la ejecución hipotecaria se dirija en vía franca a la realización del *ius*, ya que impone el requisito previo del retracto del bien. Si nuestro derecho es enajenable, no se concibe el motivo por el que no se reconoce su enajenación directa. Convendría activar la modificación de este §, y permitirse al acreedor la

⁷⁹ Matreses, J. Mª.: *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 468; Scaevola, Q. M.: *Código Civil* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 363; Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.R.: *Derecho*..., cit., octava edición, tomo VII, p. 481; Ysas Solanes, Mª.: *Comentarios*..., cit., tomo XXX, p. 635; Badenes Gasset, R.: *El contrato*..., cit., tomo II, 3ª ed., p. 879; etc...

persecución *utile tempore* del derecho que se le dio como garantía, hasta obtener su venta o adjudicación en pago.

La *ratio iuris* de la norma, la explicación de su peculiar y censurable dicción se apoyaba - asumiendo el precedente del artículo 107,9º de las leyes hipotecarias de 1869 y 1909 - en la idea de que lo que se hipotecaba por el vendedor-deudor era la finca en sí, el dominio, que como tal puede resultar objeto de ejecución directa, y no el derecho rescatador.

Semejante circunnavegación acogida en la presente ley - que podía haber cambiado de orientación frente a las precedentes - ofrece, además, según razonan Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill⁸⁰, dificultades acerca de cómo se efectúa el reintegro, por qué acción y procedimiento, etc ...

Las Compilaciones forales Catalana y Navarra, más cercanas en el tiempo, se presentan en este punto más depuradas, y contemplan que el derecho de retracto convencional deviene "directamente ejecutable" (artículo 326, 4 de la Catalana) o "adjudicable" (ley 579, 1 de la Navarra), sin necesidad de ejercicio previo del derecho.

Respecto al precepto Navarro, Rubio Torrano afirma que: " con la expresión « adjudicable » se quiere indicar que no sólo es posible sino incluso preceptivo proceder a la ejecución hipotecaria del derecho de retracto entendida como enajenación forzosa de este derecho y su consiguiente « adjudicación » al adquirente⁸¹".

Esa interpretación acorde con el tenor de la ley 579, supera la crítica dirigida al texto del artículo 107, 8º, § 1 de la L. H. vigente y, aunque a primera vista pudiera entrar en colisión con el artículo 149, 1, 8º C. E., en el que se establece la exclusiva competencia del Estado en sede de « ordenación de los registros e instrumentos públicos », en realidad, tal y como defiende Rubio Torrano, no ocurre así: "una interpretación correcta de la excepción contenida en el texto constitucional, acorde, por otra parte, con el amplio abanico de derechos reales que nuestra Compilación contempla y con el sistema de *numerus apertus* que en ella se recoge, conduce a dejar fuera del ámbito del

⁸⁰ *Derecho...*, cit., octava edición, tomo VII, p. 482.

⁸¹ *La venta a carta de gracia...*, cit., p. 23.

precepto constitucional el supuesto que estamos estudiando⁸²”.

Una última cuestión resta por exponer, y es la referente a la concurrencia de acreedores sobre el *ius retrahendi*. El acreedor - o acreedores - del vendedor⁸³, después de haber efectuado la debida excusión de los demás bienes, confluyen con el acreedor hipotecario sobre el derecho de recuperación.

Los acreedores, conforme a la redacción del artículo 1111 C.C., podrán subrogarse en la posición en derecho del vendedor - rectius: del deudor, que es el titular retractual -, y les cabrá ejercitar el rescate, si bien teniendo presente que la hipoteca sobre el mismo perdurará, tan luego como se verifique el recobro, sobre el bien (artículo 107, 8º, § 2 L.H.). Tales acreedores no procederán, por consiguiente, a la satisfacción de su interés sino a continuación del acreedor hipotecario, que disfruta de primacía jurídica.

A idéntica conclusión, en orden prelativo, se arriba si es el acreedor hipotecario quien retrae el bien, habida cuenta de que los restantes acreedores del vendedor-deudor sólo entrarán a cobrarse, si quedara remanente, después de que haya sido pagado dicho acreedor hipotecario⁸⁴, con el debido respeto a las reglas de la prelación de créditos de los artículos 1922 y ss. C.C.

⁸² *Ídem*, p. 23.

⁸³ Aquellos acreedores a los que alcanza la letra del artículo 1512 C.C., es decir, a los que no ostentaren un derecho real de garantía sobre el bien con anterioridad a la celebración del contrato-básico.

⁸⁴ *Vid.* el artículo 1923, 3º C.C. Se refiere a los créditos hipotecarios y refaccionarios, *qui primi veniunt*.

CAPÍTULO VII:

SUPUESTOS ESPECIALES EN LO TOCANTE AL EJERCICIO DEL RETRACTO:

La legitimación activa del derecho de rescate se le atribuye al vendedor - conforme se refirió en su momento, con carácter originario -, a s(s) heredero(s), al igual que a quien le hubiera sido transmitido *inter vivos* o *mortis causa*.

Y se ejercitará este *ius in re aliena* frente al sujeto pasivo especial - o gravado -, de común el comprador, o bien su derechohabiente (heredero o cesionario).

El legislador singulariza en relación con lo antedicho y con ánimo casuístico, en los artículos 1512-1517 C.C., una serie de circunstancias que estima resaltantes, cual la legitimación excepcional reconocida a los acreedores del vendedor (art.1512), la adquisición, por el comprador a retro de una parte de finca indivisa, de la totalidad de ella en pública subasta (art.1513), así como las hipótesis en que se aprecia la presencia de una pluralidad de retrayentes o retraídos (arts. 1514-1517), supuestos cuyo comentario se aborda, por riguroso orden, a continuación.

7.1. Su empuñamiento por los acreedores del vendedor (art. 1512 C.C.):

Goza de general aceptación la visión del artículo 1512 C.C. como una traslación - o particularización - al ámbito de la redención convencional de la dicción general recogida en el 1111 del mismo texto, que regula las acciones subrogatoria y revocatoria.

Nuestro precepto acrecienta la nómina de legitimados activamente para el empleo del retracto convencional, permitiendo a los acreedores del vendedor servirse de él y cobrarse así del importe de los créditos contraídos en su favor, e impone a los mismos ciertas restricciones que no es dable tildar de desviación o apartamiento del principio consignado en el artículo 1111, sino

de configuración de un medio para organizar su desenvolvimiento.

A pesar de la expresión literal de la norma, no se requiere el ejercicio conjunto de la acción subrogatoria por todos los acreedores, de forma que cualquiera de ellos, beneficiario de un crédito cierto, vencido y líquido, a título individual, se hallará facultado para proceder, en defensa de su derecho, con cargo al *ius redemptionis*.

7.1.1. Legitimación activa y pasiva de la acción subrogatoria:

Ahora bien, no obstante la fórmula indiscriminada elegida por el precepto, no todos los acreedores precisan retraer. Su referencia alcanza a los acreedores del vendedor, sean o no privilegiados, siempre que su prioridad o privilegio no brote de un derecho real de garantía constituido sobre la misma *res vendita* con anterioridad a la celebración del contrato-básico.

En este último supuesto, a los titulares de esos créditos reales, al no serles satisfechos los mismos, les cabrá ejercitar las pertinentes acciones directamente sobre la cosa, de conformidad con la índole y extensión de su *ius in re aliena*. Constreñirlos a la utilización del derecho de retracto convencional, con los desembolsos que la operación acarrea, constituiría un desprecio hacia su privilegiada situación.

No se aplica la presente norma únicamente a los acreedores del vendedor - parte en el negocio jurídico-base -, sino a los propios de todo titular actual del derecho recuperador (herederos de aquél o cesionarios suyos).

La disposición habla de utilizar el *ius recobrii* "contra el comprador", mención que debe entenderse, en una recta exégesis, alusiva al presente propietario del bien vendido con la cláusula recuperadora; es decir, que cabe actuar la acción subrogatoria frente a todo sucesor a título universal o particular del primitivo comprador, quien podrá excepcionar el beneficio de orden que se le otorga *ex lege*.

El artículo 1512 precisa, más que su precepto-madre, la exigencia de realizar la excusión en los bienes del deudor antes de que los acreedores

dirijan su acción de rescate contra el *dominus* de la cosa. En efecto, ¿ cómo debe explicarse ese explícito requerimiento, que sin ninguna duda les impone dispendios y genera cierta pérdida de tiempo, cuando, a la luz del artículo 1111, nunca podrían ejercitar la acción recobradora contra el comprador sino tras la persecución de los bienes poseídos por el propio vendedor ? La justificación resulta manifiesta, dado que si a los acreedores les valiera, con vistas a situarse en condiciones de esgrimir aquella acción, afirmar que ya habían perseguido todos los bienes del enajenante, estaríamos ante la posibilidad de que, prefiriendo, por estimarlo más fructífero a sus intereses, actuar el *ius retrahendi* antes que realizar el rastreo jurídico de tales bienes, pudiera fingirse no ver alguno de ellos. Frente a semejante manera de conducirse de los acreedores, el comprador, alentado por el deseo de no perder el dominio de la cosa adquirida, les indicará, cuando se le requiera para el pago, bienes del vendedor-deudor en cuantía suficiente para saldar la deuda y realizables en territorio español.

No es imprescindible, de todos modos, el recurso a la vía judicial, a la que sólo se apelará cuando el empleo - por los acreedores del titular retractual - extraprocesal, en sede subrogatoria, del poder recuperador no surta sus frutos, por la razón que fuere: actitud renuente del retraído, etc ... Al igual que se refirió al analizar el artículo 1510 C. C., lo primero será el agotamiento - entonces por el ostentador del derecho de rescate, en el presente por el acreedor del mismo - del mecanismo extrajudicial, de forma que sólo se acudirá a los órganos jurisdiccionales si dicho mecanismo no produce el ansiado resultado.

7.1.2. *Ratio legis* de la norma:

El artículo 1512 persigue resolver el conflicto de intereses susceptible de presentarse entre el posible retrayente y el eventual retraído. Su justificación hay que encontrarla en las necesidades de la propiedad misma, a la que en modo alguno aprovecha el desaforado ejercicio de las acciones de corte resolutorio, cual la nuestra retractual. El dominio de que disfruta sobre la *res*

venta el comprador, pleno, no deviene definitivo hasta que se cumpla el término recuperador, y esa legítima esperanza en la que confía, de ver, por así decirlo, apuntalada o libre de amenazas su propiedad - espera que el vendedor o su causahabiente no retraiga -, se ve entorpecida por el incremento en el número de los posibles ejercitadores del rescate, con el añadido de que tal comprador no intervino en la génesis de la obligación. No se niega a los acreedores del titular retractual el derecho que les concede el artículo 1111 C.C., mas se les provee de un procedimiento que el interés público y la vertiente social de la propiedad requerían.

Construye el precepto¹ una política de transacción recíproca que, en última instancia, representa un deseo de proteger al comprador o presente propietario de la cosa, como una prerrogativa para él.

¿ Por qué se autoriza a los acreedores del titular retractual a servirse del derecho redentor? Por el temor a una conducta vilorda o a una inactividad² del deudor, que puede, al dejar transcurrir el período de ejercicio del rescate, escarnecer la legítima expectativa de aquéllos. Empero, la entrada de terceros indiscriminados en la titularidad del poder reintegrador, si afecta al hoy dueño de la cosa, es lógico que resulte sólo admisible como recurso postrero, cual previsión subsidiaria, cuando no les quede a los acreedores otro medio de cobrar cuanto se les debe, es decir, cuando hayan perseguido con resultado negativo todos los bienes que posea el deudor, según puntualiza el artículo 1111C. C. De aquí que el acreedor se encuentre en la obligación de perseguir en primer término dichos bienes, sin necesidad de excitación ni de requerimiento de nadie, y sólo tras esa operación, a excepción de que se contemple al deudor como notoriamente insolvente, le cabrá utilizar el retracto contra el comprador.

¹ Transcribe literalmente el contenido tanto del artículo 1441 del Proyecto de 1851, cuanto del 1539 del Anteproyecto de 1882/1888.

Vid. asimismo, el artículo 1666 del *Code*, el 1836 del Código argentino, el 1610 del filipino, el 1539, 3 del venezolano, o el § 3906 del puertorriqueño. Dispone, por ejemplo, el francés: " Il [l'acquéreur à pacte de rachat] peut opposer le bénéfice de la discussion aux créanciers de son vendeur. "

² El considerando quinto de la S. T. S. de 12 de junio de 1957 alude a "una posible inacción".

7.1.3. No se refiere el precepto a una hipotética traba del derecho rescatador:

El artículo 1512 C. C. le reconoce al acreedor, visto que el *ius retrahendi* no emerge unido de manera indisoluble a la persona del vendedor - no participa de carácter "personalísimo" -, una legitimación activa de talante excepcional para su empleo, pero no va destinado a una hipotética traba del derecho, postura ésta patrocinada por De Cossío y Corral, quien concibe la letra del precepto no más que como admisión de su embargabilidad. Conforme a su singular planteamiento, "el C. C. se refiere propiamente al embargo del derecho, no al ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111, que parte de supuestos completamente distintos, no permitiendo el ejercicio de la acción sino en la medida necesaria para que los acreedores puedan hacer efectivos sus respectivos créditos³".

En contra de lo que defiende el autor referido, si el derecho de retracto convencional - en tanto que dotado de un innegable valor patrimonial - se somete a un embargo, y es objeto de subasta pública, al rematante extraño no se le puede imponer la limitación reseñada en el 1512. En caso de que el acreedor del vendedor hubiese ya practicado la excusión de los bienes de éste, o la ley le dispensara de hacerlo, se encontrará facultado para embargar y ejecutar la acción de rescate del deudor, y el adjudicatario podrá retraer la res con el cumplimiento de los mismos requisitos y coincidentes obligaciones que hubiera debido cumplir el propio vendedor.

Por otra parte, siempre que se produzca el embargo por un tercero del derecho recuperador, la traba no comporta como consecuencia más que asegurarlo mientras se encuentre pendiente el cumplimiento de la condición convenida entre comprador y vendedor. Durante el juicio, el embargante carece del derecho a retraer la finca vendida con nuestra cláusula por el demandado, y la existencia de este embargo no obstaculiza que se haga definitiva la propiedad del comprador⁴.

³ *Instituciones de Derecho Civil*, cit., tomo I, 2ª edición, p. 555.

⁴ Rs. D. G. R. N. de 18 de mayo de 1898 - considerando primero - y 18 de junio del mismo año - considerando tercero -.

7.1.4. Consecuencias jurídicas y económicas de la utilización, por el acreedor, del retracto:

El derecho de recuperación, transido de una notable patrimonialidad, se presta a traducción o apreciación económica, lo cual lo sitúa presto a solventar las responsabilidades - las obligaciones - que hubiera podido asumir su titular y, en manifiesta eutritmia con ello, a tenor del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 C.C., ha de concederse a los acreedores la facultad para hacerlas efectivas sobre él. A ellos se les da la oportunidad de ejercitar todos los derechos y acciones del deudor, es decir, en nombre de éste y para él y, posteriormente, luego de retornado el bien al patrimonio del último, cobrarse el crédito y lo abonado para rescatar promoviendo la enajenación de la cosa.

Si tras percibir las cantidades correspondientes a los dos conceptos apuntados, restara un sobrante, éste le pertenecería al deudor. Si no lo hubiera, porque la finca se adjudicara en pago del crédito, nada percibirá el último⁵. El acreedor, pues, se beneficia de la acción indirecta u oblicua, y no recupera para sí la propiedad de la *res vendita* - no se convierte en *dominus* del bien -, sino que ésta engrosará de nuevo el patrimonio del deudor y, una vez resituada ahí, servirá para hacer pago del crédito, gozando aquél de preferencia, respecto a los restantes acreedores, para el reintegro del precio abonado y demás gastos ocasionados en el ejercicio del rescate. A tales otros acreedores, si desean aprovecharse del resultado económico obtenido mediante el uso de la acción subrogatoria, les corresponde hacerlo según las reglas de la concurrencia recogidas en los artículos 1922 y siguientes del Código.

Se ha señalado que se abandona en manos del vendedor la diferencia que pueda resultar entre el importe de su crédito, precio y gastos suplidos por el acreedor a fin de recuperar la cosa, y el mayor valor que el bien disfrute. En efecto, el acreedor no tiene más derecho que el de la percepción de aquello que se le debe, como con claridad meridiana pronuncia el artículo 1111

⁵ Vid. la ya citada S.T.S. de 12 de junio de 1957 - considerando quinto -.

C. C. - su texto matriz -, sin enriquecerse torticeramente. Enarbola un poder ajeno, y su correcta utilización provoca un trasvase en el derecho de propiedad, que retorna al haber del deudor, sola persona a quien aprovecha en primera instancia el rescate y sus benéficos resultados. El acreedor no se subroga en la posición del vendedor en la integridad de su derecho y con todos los efectos favorables al mismo, sino tan sólo hasta la concurrencia de su crédito y los dispendios anejos al empleo del *ius redemptionis*, cuyo desglose practica el artículo 1518.

Aducible en apoyo de lo recién expuesto acude, asimismo, la redacción del artículo 1001 del mismo texto codificado. Los acreedores cuentan con la facultad de adir la herencia, en el supuesto de que ésta hubiere sido repudiada por su deudor (el heredero) con perjuicio de ellos, si bien sólo les aprovechará la aceptación en la medida en que baste a satisfacer la cuantía de sus créditos.

El ejercicio de la acción subrogatoria, que el artículo 1512 extiende a los acreedores del titular retractual, y cuyo sujeto pasivo es el *debitor debitoris*, ha de entenderse sin perjuicio - tal y como señala también, con carácter general, el 1111 - de la aptitud de que gozan aquéllos para el uso, cuando sea procedente, de la acción revocatoria⁶ por enajenación en fraude de acreedores.

7.1.5. La singular prescripción de la ley 581 C.N.:

La Compilación Navarra ofrece una solución desacorde con el planteamiento del Código. En su ley 581, que lleva el ladillo "*ejercicio por los acreedores del vendedor*", se les prohíbe de modo expreso que empuñen por subrogación la facultad rescatadora, y se les compele - "habrán", consigna - a proceder judicialmente para cobrar sus créditos con cargo a aquel derecho.

Gracias a ello se logra por el precepto foral, según considera Salinas Quijada⁷ en una acerada crítica al sistema ideado por el Código, un arreglo de justicia, "por las situaciones de enriquecimiento injusto que podrían suscitarse

⁶ Su naturaleza es de acción rescisoria. *Vid.* el art. 1291,3º C.C.

⁷ *Derecho Civil de Navarra*, cit. , tomo IV, volumen 2º, p. 206.

del ejercicio, por el acreedor del vendedor, de un retracto en el que el precio hubiera sido bastante inferior al valor de la cosa vendida”.

Frente a esta censura de la letra del artículo 1512 C.C., hay que insistir, según se ha sostenido con anterioridad, en que el acreedor que blande el derecho retractual por vía oblicua, provoca el retorno del bien al dominio del deudor para, una vez allí, cobrarse de cuanto se le debe, pero de nada más.

Rubio Torrano⁸ caracteriza a la parte final de dicha ley 581 - ordena a los acreedores del vendedor “ proceder judicialmente para cobrar sus créditos con cargo a aquel derecho” - como poseedora de una expresión de difícil inteligencia. El derecho de rescate ostenta un relieve económico indudable, que se integra dentro del patrimonio del deudor, y está dotado con las notas de “ hipotecabilidad ” y “ adjudicabilidad ” (ley 579,1), por cuanto responderá, al alimón con el resto de sus bienes, del cumplimiento de sus obligaciones. Semejante afección a tal satisfacción supondrá, a juicio del jurista, en una primera fase, la posibilidad de embargo del derecho de retraer⁹.

7.1.6. La necesaria práctica de la excusión en los bienes del vendedor:

La parte final del artículo 1512 C. C. consagra con nitidez, como etapa previa e infranqueable, de cara al ejercicio del *ius redemptionis*, la “excusión en los bienes del vendedor”. No se le consiente al acreedor que lo utilice si no ha agotado antes su derecho a cobrar del deudor, cubriéndose con el importe de los bienes de éste, o demostrando la imposibilidad de hacerlo total o parcialmente.

7.1.6.1. La aplicación, por reenvío, de las normas alusivas a la fianza: las oportunas adaptaciones:

Supone, por ende, la fórmula adoptada por la norma una remisión

⁸ *La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro*, cit., p. 24 y 25.

⁹ Obtiene la misma conclusión que De Cossío y Corral, A., ya reseñada, cuando ambos autores parten de pies antagónicos, cuales son los disímiles textos del artículo 1512 C.C. y la ley 581 Comp.Nav.

automática a los artículos 1830 y concordantes del Código, relativos a la fianza. Es cierto que se aprecia una falta de identidad entre el fiador y el comprador con la cláusula retractual, mas *de lege data* el precepto menciona el beneficio de orden o excusión - usa ese vocablo que tiene asignada una significación específica en derecho - y, conforme a una interpretación sistemática, se ha de concluir que la regulación de dicho beneficio se incardina precisamente en sede de fianza. Se torna pertinente, pues, practicar la excusión en la forma que se diseña para la última. De no haber querido el legislador escoger la palabra "excusión", podía haber reproducido la redacción del artículo 1111, propuesta de la que es firme paladín Scaevola, con el siguiente resultado: " el artículo 1512 (...) ha debido decir: " los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador sino después de haber perseguido los bienes de que estuviese en posesión el deudor para realizar cuanto se les debiere"; o lo que es lo mismo, ha debido conferir a esta acción el carácter subsidiario que congénitamente tiene¹⁰ ".

Lo anterior, aunque acercara aún más la dicción de ambos preceptos, no pasa de ser, en la actualidad, una sugerencia *de lege ferenda* y, además, la diafanidad del artículo 1512 dispensa de mayores cavilaciones.

Le resultan, por consiguiente, acomodables las disposiciones de la fianza¹¹, pero no constituye una aplicación *ad pédem litterae*, sino selectiva, es decir, una traslación con el concurso de las necesarias adaptaciones y la eliminación de las referencias incompatibles con la idiosincrasia y singularidad del retracto convencional, así como con la posición propia del comprador a retro, vigente titular del bien.

7.1.6.2. Modo de utilización del beneficio y momento de su alegación:

La declaración de insolvencia, tácita o expresa, conseguida en un juicio

¹⁰ Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 405.

¹¹ Manresa y Navarro, J. Mª.: *Comentarios*..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. p. 464 y 465; Santos Briz, J.: *Código Civil (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1991, p.687; Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español* ..., cit., tomo cuarto, 15ª edición, p. 170; etc...

entablado por el acreedor frente al vendedor, sin que haya tomado parte el comprador, no podrá perjudicar a éste si señala bienes bastantes para saldar la deuda, realizables en territorio español y pertenecientes al deudor (cfr. artículo 1832 C.C.). El comprador - actual titular de la *res vendita* - no tiene por qué acatar la excusión que el acreedor practique sin su intervención, o bien con ella mas sin la debida observación de las formalidades legales.

Sin embargo, tampoco podrá el comprador contrefiir al acreedor a la apertura de procedimientos supervacáneos al objeto de acreditar una excusión que la realidad reclama, tan luego como es notorio que el vendedor no dispone de otras pertenencias.

Al acreedor no le basta, por lo demás, la manifestación de que el vendedor-deudor ya no posee más bienes para embargarle, sino que debe probarlo, y es menester que la prueba se efectúe a completa satisfacción del comprador.

Si el acreedor demuestra que tal persecución antecedente se ha observado, o que - en su caso - se le dispensa de realizarla a tenor del artículo 1831 C. C., le cabrá ejercitar el retracto convencional ocupando el lugar del vendedor, y a través de la verificación u observancia de los requisitos y desembolsos apropiados¹².

En este punto de la persecución la jurisprudencia no ha mantenido una posición unitaria, y se ha adherido a dos criterios diferentes, que pueden calificarse de riguroso - o más estricto - y de liberal - más laxo -. La primera posición está representada por la S.T.S. de 2 de junio de 1920 - considerando primero -, referida directamente al artículo 1111, que requiere de forma insoslayable que, en un juicio previo, el acreedor hubiera reclamado la satisfacción de su crédito y que, en la subsiguiente ejecución, no se hubieren identificado bienes en poder del deudor. La segunda, defensora de una tesis más abierta o relajada, confórmase con que se acredite de modo real y efectivo, al unísono que se utiliza el *ius retrahendi* del deudor, que éste carece de otros bienes sobre los que pueda hacerse efectivo el crédito, o que

¹² Dentro del periodo rescataador - con el respeto, de existir, a un posible término dilatorio -, mediante el abono del precio de la venta - cumpliendo las hipotéticas cláusulas de estabilización -, las impensas útiles y necesarias, el pago de lo demás que se hubiere pactado, etc...

aquellos con los que cuenta se perfilan como insuficientes para este objetivo¹³.

Si al comprador le constara que no sobreviene la insolvencia pretendida o declarada, dispondrá de la facultad de oponerse con el señalamiento de los bienes determinados, realizables, suficientes para el completo pago y con garantía de una existencia real y efectiva¹⁴.

El beneficio corresponde emplearlo en sus términos hábiles, al tiempo que se impone su ejercicio con tanto tino cuanta prudencia: es rechazable de todo punto que el comprador se resista a la acción rescatadora promovida por los acreedores mediante la evanescente y parca alegación de una abstracta excusión - por medio de una simple apelación a ella sin razonarla ni motivarla - con fines dilatorios.

Cuando el acreedor utiliza como subrogado el derecho retractual, y lo hace en su vertiente extrajudicial, el retraído - comprador - deberá acto seguido indicar bienes del deudor. Cuando, sin existir de antemano requerimiento o intimación extrajudicial de pago, se demanda al comprador en uso de la acción recuperadora, el demandado deberá aducir el beneficio antes de contestar a dicha demanda o al formalizar este escrito¹⁵.

7.1.6.3. La dispensa de la excusión: los cuatro números del art. 1831 C.C.:

El artículo 1831 exonera de la práctica de la excusión en cuatro supuestos, que obedecen al deseo de no provocarle al acreedor los trastornos o dilaciones infrugíferas que, sin ningún género de duda, se derivarían de la concesión en esos lances del beneficio. Norma, cuya aplicación por analogía a la figura retractual pasa por tolerar una serie de adaptaciones y puntualizaciones, cuando no por defender la tajante exclusión en uno de sus puntos.

La excusión recibe dispensa - "no tiene lugar" determina el precepto en

¹³ S.T.S. de 23 de junio de 1903 - considerando segundo -.

¹⁴ S.T.S. de 31 de enero de 1986 - fundamento de derecho tercero -.

¹⁵ S.T.S. de 3 de octubre de 1985 - fundamento de derecho cuarto -.

su número 2º - cuando el fiador se hubiera obligado solidariamente con el deudor, pues tal beneficio y la solidaridad son términos en esencia contrarios e incompatibles entre sí. A la luz de los principios generales, la solidaridad ha de responder a un pacto o convenio expreso (artículo 1137 C. C.). En el terreno rescatador, de este número ha de hacerse caso omiso, dado que el actual titular de la *res vendita* - el comprador o su causahabiente - no intervino en la relación obligatoria, y mucho menos se encuentra obligado solidariamente.

El número 1º del precepto apunta a la renuncia expresa del beneficio de orden por parte del fiador, mención que admite, ahora sí, paridad con la figura del comprador, siempre que no perjudique a terceros, ni se aprecie contraria al interés o al orden público. El artículo 1512 es de derecho dispositivo, ya que encierra una ventaja de carácter potestativo y, en consecuencia, se convierte en perfectamente renunciable por el dueño de la cosa. Una vez formalizada la renuncia, no se puede exigir que el acreedor acometa la previa excusión de los bienes del deudor.

Postura aislada, que más parece una reflexión volandera ante lo discutible - según reconoce el propio autor - de su planteamiento, es la auspiciada por Serrano, para quien el beneficio en estudio favorece tanto al comprador cuanto a la colectividad, por lo que la concurrencia del interés público - supraindividual -, con fundamento positivo en el artículo 4 C. C. - hoy 6, 2 - priva a dicho comprador del derecho a renunciarlo. El provecho de la colectividad - prosigue el jurista - radica en dificultar el ejercicio del *ius redemptionis*, en pro de la disminución en los particulares de la conveniencia y el deseo de pactarlo. Si sólo al comprador - finaliza - favoreciese la exigencia del artículo 1512 de que los acreedores del vendedor no puedan servirse del rescate sin «excudir» los bienes de aquel sujeto, no existirá la duda y el comprador podrá renunciar a la excusión¹⁶.

A ello se impone responder con las argénteas palabras de Manresa, en el sentido de que, " aun cuando para la concesión de este beneficio más han pesado quizá las consideraciones en favor de la propiedad que aquellas otras que sólo afectan al interés particular del comprador, como el convenio de éste

¹⁶ Serrano, E.: voz " retracto convencional ...", cit., p. 500 y 501.

con los acreedores siempre es posible, sin que humanamente pueda evitarse, y como por otra parte en algo ha influido también lo que al comprador conviene, estimamos de igual modo que la expresada renuncia es eficaz,...¹⁷ ”.

El número tercero del artículo 1831 C. C. contempla el concurso o quiebra del deudor, hipótesis también extensible a nuestro ámbito. El derecho rescatador registra un valor económico que debe aparecer en el activo patrimonial de su ostentador, y los acreedores lo aprovecharán o no, a propósito para conseguir la realización de su crédito, según se torne o no necesario después de apurarse el resto de los bienes del titular retractual.

El *ius retrahendi*, al igual que otros derechos, y como todos los bienes del concursado o quebrado, se incorporará a la masa general con que han de enjugarse en la medida de lo posible las obligaciones del mismo. La excusión, en el presente caso, supondría un trámite productor de gastos y nada más, pues, aunque - y es harto discutible que así suceda - el comprador se aviniera a designar bienes del vendedor por éste ocultos, y por nadie hasta el momento hallados, con ellos debería ser conducido a la masa el poder recobrador. Presupuesto indispensable para la realización del valor de los bienes lo compone su disponibilidad, por cuanto la permanencia del beneficio de orden, en un supuesto en que se encuentra ausente tal extremo, se traduciría en la exigencia de una formalidad inane que dilataría sin justificación la satisfacción de los legítimos intereses del acreedor.

De conformidad con el artículo 1831, únicamente la declaración de quiebra o concurso atestigua la insolvencia del deudor, al margen de cualquier otra comprobación, y no se concibe la equiparación a esa circunstancia de una indigencia - o ruina - más o menos notoria de aquél, ni el mero hecho de desatender otras obligaciones, ni siquiera la apreciación de circunstancias objetivas merecedoras de la potencial declaración ; sólo la llegada de ella, que actúa como *conditio sine qua non*, exime de la excusión.

La norma sigila el supuesto de la suspensión de pagos porque la regulación positiva de la figura se produjo con posterioridad a la vigencia del

¹⁷ *Comentarios...*, cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 466.

Código¹⁸, si bien parece que ha de ser, igualmente, motivo de privación del beneficio.

El último número del artículo 1831 alude a una excepción de corte subjetivo: el supuesto en que el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino¹⁹. Es transponible su contenido a la esfera retractual, y supone la pérdida instantánea del beneficio, sin parar mientes en si el titular rescatador posee o no bienes dentro del territorio español. Por otro lado, la cualidad de extranjero del deudor no determinará, sin más, la eliminación de la excusión que, *ad exemplum*, no tendrá lugar cuando exista cláusula válida de sumisión a los tribunales patrios.

Conminar al acreedor del titular recuperador a demandar en el extranjero al deudor y, en caso contrario, privarle del ejercicio del retracto frente al comprador, entraña una medida extorsiva, que, con relativa frecuencia, se plasmaría en un escollo inexpugnable para que el acreedor lograra ver satisfecho su crédito, realizable quizás, total o en parte al menos, por mediación del empleo del derecho de rescate. Por eso, el mandato general albergado en el artículo 1111C.C., conforme al cual los acreedores del vendedor no podrán ejercitar el retracto mientras les quepa la persecución, con mayor o menor dificultad, de cualesquiera otros bienes de que estuviera en posesión el deudor, se inclina ante el número 4º del 1831, y el comprador - actual *dominus* de la cosa - habrá de allanarse ante la pretensión del acreedor instrumentada en el ejercicio, sin la excusión previa, de la acción rescatadora.

7.2. Adquisición, por el comprador a retro de una porción indivisa de una finca, de la totalidad de la misma en pública subasta (art. 1513 C.C.):

En principio, el vendedor que ejercita el *ius redemptionis* no aparece constreñido - si desea utilizar el derecho - a retraer sino la cosa que hubiere

¹⁸ Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 (Gaceta núm. 257, de 14 de septiembre de 1922).

¹⁹ *Vid.* el considerando octavo de la S.T.S. de 1 de junio de 1929, que contempla un supuesto en que el deudor se hallaba en Cuba.

enajenado, y tampoco tiene derecho a exigir que se le restituya un bien diferente al que conformó el objeto del contrato-básico²⁰. Aquello sobre lo que no se proyectó la compraventa ha de quedar al margen, pues, de la operación recuperadora, régimen general que encuentra su excepción en la norma del artículo 1513 C. C., referente a un supuesto particular, bastante inusual en la práctica y carente de jurisprudencia específica.

Si un condómino vende separadamente, con pacto de retracto convencional, su porción alícuota de copropiedad de una cosa o derecho, la solución aplicable debería ser la siguiente: a resultas de que la venta no se refiere a un entero bien sino a una cuota indivisa del mismo, es decir, a la situación jurídica que le corresponde al enajenante como comunero, el poder redentor habría de reducirse a la aludida situación jurídica. Pero, en lugar de tal medida, el precepto, ante la hipótesis de que el comprador devenga adquirente de la totalidad del fondo merced al proceso descrito en el artículo 404 C. C., subvirtiendo o trastocando la natural lógica, le otorga al último la posibilidad de imponer al retrayente un rescate *pro solido* y evitar así uno *pro parte*.

7.2.1. Examen de los requisitos acumulativos de aplicabilidad manejados por el precepto:

El enjundioso concurso de elementos y condiciones de aplicabilidad aconseja, a renglón seguido, la meditada y progresiva exploración de cada uno de ellos.

7.2.1.1. Primer requisito:

Se precisa, inicialmente, que se produzca la venta con el aditamento de la cláusula recuperadora de una porción indivisa de una " finca ", alusión que

²⁰ En un ejemplo tomado de Baudry-Lacantinière, G. & Saignat, L., si el comprador de un dominio vendido con reserva del *ius redemptionis* lo ha ampliado por adquisiciones de terrenos contiguos, el vendedor que quiera utilizar el rescate no se encuentra constreñido a tomar o adquirir estos terrenos, aunque fuesen incorporados a un cercado. No tiene tampoco el derecho de reclamar que el comprador se los ceda. = *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, XIX, De la vente et de l'échange, troisième édition, Paris, 1908, n° 656, p. p. 691 y 692.

cabe considerar extensible a cualquier objeto, puesto que el sintagma " cosa vendida " del artículo 1517, 2 C. C. posee alcance general.

Se ocasiona a través de la venta con pacto de rescate la conversión de la comunidad preexistente en una comunidad de índole especial, dado que el dominio - su cuota alícuota - del ahora comprador está transminado con la nota de potencial transitoriedad, se halla afectado por el rasgo de provisionalidad, mientras que el dominio de los restantes comuneros se presenta desprovisto de esos caracteres y es ya definitivo. Por contra, antes de la enajenación parcial, todos y cada uno de los porcioneros participaban, aunque cada uno en su respectiva cuota, de una propiedad estándar, normal o definitiva.

Frente al silencio legal a este respecto, hay que deducir que el precepto alberga en su seno las dos situaciones previas concebibles, y el comprador con el pacto retractual puede ser tanto un integrante con antelación de la comunidad que adquiera otra cuota de ella, cuanto un extraño que no perteneciera hasta entonces a la misma, si bien en el último caso los restantes - previos - comuneros disfrutarían del correspondiente derecho de retracto legal conforme al artículo 1522 C.C.²¹.

7.2.1.2. Segundo requisito:

Se necesita, asimismo, la posterior adquisición, por el comprador a retro, de la entera finca según los dictados del art. 404 C.C.

El comprador, mediante la tradición - la conjunción de un título y un modo - sucede, *inter vivos* y con carácter singular, al vendedor en su posición jurídica respecto al objeto contractual, según se encarga de subrayar, para nuestro supuesto, el artículo 1511 C. C. y, a partir de tal incontestable aseveración le corresponde, por temporal y claudicante que pueda resultar el dominio del adquirente, como a cualquier otro comunero, la apelación o recurso a la *actio communi dividundo*. Se le reconoce, por tanto, en ausencia del pacto al que apunta el párrafo segundo del artículo 400 C. C., el ejercicio,

²¹ En el epígrafe 2.6 se analiza la relación entre el retracto convencional y el legal: la prelación entre ellos, etc...

en cualquier tiempo, de semejante facultad inherente al dominio cuando éste tiene pluralidad de titulares, pues ostenta un tinte irrenunciable e imprescriptible²². Además, al redundar en provecho del interés público, es ilimitada y no admite restricciones, gravámenes ni condiciones.

El acto de disposición que supone el empuñamiento de la *actio communi dividundo*, tanto si lo ejecuta el comprador como cualquiera de los otros condóminos, aboca a una de las siguientes hipótesis:

a.- Si la cosa es susceptible de división *in natura*, se procede a la segmentación material y, tan pronto como se le adjudica al comprador con pacto de rescate la parte del bien correspondiente a la cuota adquirida, el vendedor podrá retraer dicha porción en su integridad.

La eventual indemnización o compensación económica, por no coincidir exactamente las partes desgajadas de la cosa con el derecho preexistente de cada uno de los partícipes en la comunidad, sea a favor cuanto en contra del comprador a retro, ha de repercutir sobre el retrayente y su patrimonio.

Si entre los condóminos se acuerda una indemnización abonable por el comprador a retro, el vendedor - retrayente - deberá satisfacer dicha cantidad dineraria, pues se imputará a los reembolsos por gastos necesarios practicados en la cosa (*vid.* el artículo 1518 C. C.) a fin de conservarla: asume la categoría de impensa de conservación.

En sentido inverso, cuando la indemnización favoreciese al futuro retraído, el titular retractual podrá, al tiempo de rescatar, solicitar esa suma de aquél. Tiene derecho a tal suma en cuanto con el uso del *ius retrahendi* se arroga con efecto retroactivo la posición de adjudicatario de la porción concreta.

b.- Si la cosa fuere indivisible, por su naturaleza o por su función económica²³, en lugar de la impracticable división material habrá de acudir, a título supletorio, a la división civil. Y tamaña operación se practica en virtud de un doble criterio detallado en el artículo 404 C.C.:

El primero consiste en la adquisición (adjudicación) de la cosa - o

²² Artículo 1965 C.C.

²³ Indivisibilidad natural - " esencial " - (art.404 C.C.), o indivisibilidad por inservibilidad (art. 401,1 C. C.). El artículo 1062 C.C. habla de que la cosa desmerezca mucho por la división.

derecho - por uno de los comuneros, quien indemnizará a los demás por sus cuotas respectivas.

El segundo, que entra en juego con alcance subsidiario del anterior, es decir, ante la falta de avenencia entre los porcioneros para que se le adjudique a uno de ellos, a lo que se asimila la petición pura y simple de la subasta por un condómino - solicitud que implica el desacuerdo, por lo menos del peticionario -. Se procede a la venta y posterior reparto del precio obtenido, en cuyo caso no es la enajenación la causa extintiva de la comunidad, sino esta distribución.

La referencia a la "venta", debe entenderse, en recto sentido, relativa a la subasta pública con admisión de licitadores extraños (artículo 1062, 2, aplicable por remisión del 406, ambos del Código).

7.2.1.2.1. ¿Cuál de los dos criterios de división económica reclama la norma? Razones que justifican la elección de uno de ellos:

El precepto 1513 presupone que el comprador con la cláusula recuperadora devenga adquirente de toda la finca en el caso del artículo 404, expresión un tanto equívoca e imprecisa por su esquematismo, lo cual suscita la duda acerca de la intención última del legislador. No queda, a primera vista, del todo claro cuál de los dos criterios de división económica exige la norma: si resulta imprescindible el cumplimiento de toda la letra del artículo 404 - que es lo más acertado a mi juicio - y ha de efectuarse la licitación, o bien si no se implanta como *conditio sine qua non* la llegada a tal resultado y es bastante la adjudicación, por mutuo acuerdo, de la cosa al primitivo comprador a retro.

En apoyo de la primera interpretación interviene la ausencia de precisión en el artículo 1513 al remitirse al 404, que opta por esa neutra y huidiza referencia al caso contemplado por el último de los preceptos. La carencia de especificación legal a la segunda de las proposiciones contenidas en el 404, formulada negativamente, es decir, al acuerdo entre los comuneros que posibilite la adjudicación de la entera cosa a uno de ellos, aconseja no parar

mientes en ella. Por ello, se colige que el artículo 1513 determina como supuesto de hecho para la consecuencia jurídica final, cual es la potencial redención total del bien, el cumplimiento de la íntegra letra del 404: la venta de la cosa y adquisición de la misma por el comprador.

En caso contrario, el régimen excepcional que contempla el 1513 carecería de fundamentación, y se debería apelar al régimen general: el vendedor habría de recuperar sólo aquello que enajenó de antemano con la cláusula retractual.

El *ius redemptionis pro parte*, modificación del régimen común de rescate, que se diseña *ex lege*, en tanto derecho extraordinario no pactado, ha de limitarse a la hipótesis concreta para la que se contempla, y no procede su trasvase a otras que guarden mayor o menor relación con ella, dado que se destierra una interpretación extensiva.

De suscribirse la otra interpretación referida, lectura por demás forzada y artificial de los preceptos en cuestión, lejos de considerarse irrenunciable, al objeto de permitirle al comprador la exigencia de un rescate integral, el acaecimiento de todo el supuesto de hecho esbozado en el 404, sería menester contentarse con la adjudicación de la cosa al comprador por convenio entre los comuneros, a cambio de la oportuna indemnización. Badenes Gasset²⁴, que desearía adherirse a esta postura, cuya vigencia parece defender lacónicamente Rivero Hernández²⁵, termina por reconocer, como no podía resultar de otra forma, que el derecho positivo encarnado en el artículo 1513 no lo consiente.

Si, por otra parte, una vez abocados a la subasta, el mejor postor resulta ser un tercero - un extraño a la comunidad - y se convierte en *dominus* de la cosa, ello no atenta contra la subsistencia del derecho del vendedor sobre la cuota vendida con rescate. El retrayente podrá recobrar la parte alícuota enajenada sin aparecer obligado a adquirir el resto, por lo que no se logra en esta hipótesis la erradicación del condominio, que constituye el centro de gravedad del artículo 1513.

²⁴ *El contrato de compraventa*, cit., tomo II, 3ª edición, p. 889.

²⁵ *Elementos de Derecho Civil* de J. L. Lacruz Berdejo, Derecho de Obligaciones, volumen segundo, tercera edición, nº 412 c), p. 81.

En favor, además, de la conclusión patrocinada - la realización de la pública subasta -, juegan los precedentes, tanto extranjeros cuanto patrios del artículo 1513 C.C. El *Code* demanda, en su artículo 1667, la práctica de una “*licitation*”, al igual que el 1522 del Código italiano de 1865 - “*incanto*”²⁶-. Entre nosotros, así el artículo 1442 del Proyecto de 1851 como el 1540 del Anteproyecto de 1882/88 apuntan, ambos, a “una licitación o subasta”²⁷.

7.2.1.2.2. Es indiferente que la venta en subasta pública responda o no a la iniciativa del comprador a retro:

Lo anterior, con la particularidad de que todos estos textos presuponen que la subasta hubiera sido provocada contra el comprador, extremo intrascendente para nuestro actual artículo 1513, para el que se antoja indiferente que la venta final obedezca a la iniciativa de éste o de cualquier otro condómino. El Proyecto y el Anteproyecto españoles pretendían primordialmente, siguiendo al original francés, la consecución de una justa reciprocidad de derechos, un exacto equilibrio de intereses, lo cual no se apreciaba cuando el comprador a retro era quien provocaba la venta en pública subasta. Por el contrario, en el 1513 del vigente Código hispano se pretende con exclusividad que la comunidad fenecida no pueda renacer por intermedio de la utilización de un *ius redemptionis*, sin reparar en la causa y persona determinantes de aquella extinción.

7.2.1.2.2.1. Distinto estado de la cuestión en el derecho francés:

Por la posición señera del Código Napoleónico, es pertinente el

²⁶ El a. 1667 del *Code* y el 1522 del *Codice* de 1865 se reproducen, respectivamente, en las notas 28 y 44.

²⁷ Artículo 1442 del Proyecto de 1851: “Si el comprador con pacto de retroventa de una parte indivisa de una finca ha obtenido la totalidad de ella en una licitacion o subasta contra él provocada, puede obligar al vendedor á redimir el todo, si este quiere hacer uso del retracto.”= García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 418.

Artículo 1540 del Anteproyecto de 1882/88: “El comprador con pacto de retroventa de una parte de finca indivisa, si ha obtenido la totalidad de la misma en una licitación o subasta promovida contra él, podrá obligar al vendedor a redimir el todo, si éste quiere hacer uso del retracto.”= Lasso Gaité, J. F.: *Crónica* ..., cit., volumen II, p. 703.

desmenuzamiento jurídico del tenor de su artículo 1667²⁸. Así, a partir de la culminación - coincidente hasta aquí con el concordante español - del proceso divisorio por la adjudicación de la finca - al no ser cómodamente divisible y sin pérdida - en provecho del comprador con rescate, distingue según que la “*licitation*” hubiera o no sido provocada contra él mismo.

Al arrimo de lo primero, esto es, la presentación de la demanda de división por uno de sus condóminos, le cabrá al comprador - ahora adquirente de la entera finca - conminar al titular del rescate para que la redención alcance a la globalidad del inmueble. Se consideró²⁹ que, en esa tesitura, el comprador se veía de alguna manera compelido - constreñimiento identificado por Troplong³⁰ con una especie de fuerza mayor - a hacerse adjudicatario de las otras partes, al intento de conservar aquella que primeramente había adquirido.

A *posteriori*, se descartó que el comprador a retro estuviese obligado a devenir adjudicatario del entero bien, pero si se convertía en ello lo hacía al objeto de conservar la cosa, por lo que en ese sentido se asimilaba la adquisición a un gasto necesario³¹, que se situaría a cargo del vendedor si y sólo si éste decidiera recuperar.

Si ocurre lo segundo, esto es, si el proceso divisorio arranca con la demanda del propio comprador a retro, al mismo no le asiste el derecho de oponerse al ejercicio parcial del rescate. No puede obligar al vendedor a readquirir (*retirer*) el todo. Se podría sospechar, entiende Limpens³², que el comprador hubiera instado la licitación con el propósito de imponer una carga más pesada al titular retractual, plasmada en la redención *pro solido*. El vendedor recuperará, previo uso tempestivo de su poder de recobro, no más que la parte indivisa que vendiera con la cláusula, conforme al derecho común. El comprador ha provocado, con su actuación, el desenlace del que se lamenta, pues debiera haber aguardado para pedir la división a que se

²⁸ : “Si l’acquéreur à pacte de réméré d’une partie indivise d’un héritage s’est rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user du pacte”.

²⁹ Duranton: *Cours de Droit Civil*..., cit., quatrième édition, tome neuvième, n° 413, p. p. 151 y 152.

³⁰ *Le Droit Civil expliqué* ..., De la vente..., cit., quatrième édition, tome second, n° 745, p. 240.

³¹ Laurent, F.: *Principes*..., cit., tome vingt-quatrième, troisième édition, n° 412, p. 404; Limpens, J.: *La vente en droit belge*, cit., n° 2173, p. 755.

³² *La vente en droit belge*, cit., n° 2173, p. p. 755 y 756.

sobrepasara el *dies ad quem* del período de redención³³. Una adquisición voluntaria, como la presente, no puede, por otro lado, ser equiparada a un gasto necesario y de conservación.

7.2.1.3. Tercer requisito:

Concurre, finalmente, como tercera nota de aplicabilidad del 1513, que el vendedor resuelva hacer uso, con las formalidades debidas, del derecho redentor.

7.2.2. Carácter dispositivo de la facultad otorgada al retraído por el art. 1513: la exigencia de una redención integral. Puntualizaciones en cuestión de legitimación activa y pasiva:

Completados los tres requisitos acumulativos, sucesivos en el *iter* temporal, la norma autoriza - " podrá ", señala - al comprador para que imponga, si tal es su deseo, al vendedor - o mejor, al titular retractual - la obligación de redimir la totalidad del bien. Encierra sólo una facultad en manos de aquél, de la que puede o no servirse a voluntad. Si no considera oportuno, llegado el momento del rescate, promover la recuperación integral, resurgirá el condominio al que el reparto del precio puso término.

Pero, al margen de que el talante facultativo del precepto permita al adquirente - primero de la porción indivisa, luego del entero fundo - elegir, en la fase de ejercicio retractual, la acotación del objeto de redención, es una norma dispositiva, y por ello se contempla como perfectamente posible que en el contrato-básico, en el mismo título de compraventa, a la par que el pacto de rescate se incorpore un convenio o cláusula que consienta al vendedor recuperar únicamente la parte enajenada, sin necesidad de adquirir toda la finca. Bien pudiera ocurrir, incluso, que tal convenio no se exteriorizara en el título de transmisión, ni que participara de carácter expreso. Basta el consentimiento del comprador en cualquier momento posterior al contrato-

³³ Guillouard: *Traité de la vente et de l'échange*..., cit., tome second, n° 680, p.220; Colmet de Santerre, E.: *Cours analytique de Code Civil*, tome septième, Paris, 1873, n° 113 bis. II, p. 143.

básico, aunque sea tácito.

En materia de legitimación, la concesión jurídica que el artículo 1513 C. C. dispensa al comprador, la puede hacer efectiva no sólo frente al vendedor - según se desprende de la letra de la norma -, sino también frente al tercero que haya sucedido a éste en el derecho de recobro sobre la cuota alícuota enajenada. En el otro polo, la facultad legal le incumbe alegarla al comprador que sea propietario único de la cosa en el instante del rescate, así como a su heredero o cesionario.

7.2.3. Fundamento de la solución normativa:

El artículo 1513 preceptúa que el vendedor puede verse obligado a redimir el todo. El legislador emplea aquí una sinécdoque - no es la primera en la regulación de la figura -, lo que desde la óptica literaria alcanza gran belleza, pero que en puridad jurídica no resulta tan plausible. El vendedor habrá de adquirir la finca completa, si bien sólo readquirirá - o redimirá -, en rigor, la cuota antes enajenada por él al comprador - ahora adquirente y retraído -, y el resto de cuotas ingresarán en su patrimonio *ex novo*, por lo que no las retrae. La ley, con semejante argucia lingüística, toma la parte por la integridad y, a partir de la contemplación del bien en su globalidad, sobre el cual todas las cuotas se han reunido en mano única, expande la fuerza redentora, de cobertura inicial más restringida, a la entera cosa.

El artículo 1513 coordina la utilización del rescate, en cuanto tiene por objeto en origen una cuota indivisa de un bien, con un específico supuesto de disolución de la comunidad sobre la cosa, cual la atribución de todo el bien al comprador, gracias a su mejor postura en un público remate. La *ratio* o justificación de la norma descansa en la conjunción de dos instituciones que son contempladas por el legislador con disfavor, en razón de su deseo de conferir mayor margen de seguridad a las situaciones jurídicas.

La ley persigue evitar el florecimiento y la persistencia - allí donde han surgido ya - de las formas colectivas del dominio, a las que considera antieconómicas, estados anormales de la propiedad privada, porque implican

restricciones y limitaciones en su ejercicio, excepcionales respecto a la libertad que comporta aquélla; trata, por lo mismo, en la medida de lo posible, de disminuir la nómina de ejemplos de comunidad, que la conduce a procurar que, siempre que ésta exista, responda a la acorde voluntad de los partícipes, y a postular, en última instancia, la conveniencia de que la indivisión cese³⁴.

Por otra parte, el legislador se muestra también, con acusado afán, partidario de restringir el elenco de pactos de rescate existentes. Su esencia de condición resolutoria que afecta a la propiedad, conlleva la sujeción a un estado transitorio, de suyo imperfecto, transido de provisionalidad. Por esa razón, la cuestión del plazo retractual, reconocida de interés público, ha padecido a lo largo del tiempo una progresiva reducción en su duración, cifrada en la actualidad en un máximo infranqueable de diez años.

Se comprende, pues, que la concurrencia, en el supuesto perfilado por el artículo 1513, de ambos fenómenos haya conducido a la pretensión de impedir, en virtud del ejercicio del rescate parcial, la reaparición de la comunidad ya fenecida - de hecho y de derecho - o la vuelta a la tenencia de la cosa en proindivisión. Un retracto inicialmente *pro parte* puede así, y a título excepcional, transformarse en uno por la totalidad.

Este empeño no es ni mucho menos contemporáneo, y fue ya previsto, en punto a la *actio ex empto*, por el Derecho Romano (*Digesto*: 10, 3, 7, § 13). Si se hubiese vendido - señala³⁵ - parte de un bien y, antes de entregarse al comprador, el vendedor resultara demandado por la acción de división de la cosa común, de forma que se le adjudicase la otra parte a éste, a aquél no se le tolera esgrimir la acción de compra, salvo que estuviese dispuesto a comprar la cosa entera, porque tal parte acreció al vendedor por beneficio de la otra. Inversamente, a través de la acción de venta, se permite la demanda contra el comprador, a fin de que compre la totalidad.

El interés público se confunde, por previsión legal de nuestro 1513, con el particular del primeramente comprador a retro - con posterioridad adquirente de la entera finca -, cuya alegación se realiza por vía de excepción, e impera

³⁴ La comunidad de bienes es una situación dominical excepcional, y cuenta con una normativa propensa a su terminación (artículos 400, 401, 403, 404, 450, 1062,2º y 1522 C.C.).

³⁵ *El Digesto de Justiniano*, cit., tomo I, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, 1968, p. p. 429 y 430.

sobre el deseo - también privado - que el titular retractual pudiera albergar de reincorporar a su patrimonio la parte indivisa de un cierto bien, del que no saliera a título definitivo, de suerte que o proyecta el rescate sobre la entera cosa o desiste de su poder redentor. En las certeras palabras de Scaevola³⁶, ocurre que " la combinación de atribuciones y derechos es eminentemente armónica y no lastima al retrayente, porque admitida por base la hipótesis de una cesación de la comunidad o voluntaria o forzosa, aquél, en su calidad de condueño y en todo caso por la perpetuidad retenida, se habría visto compelido a transmitirla, o habría consentido en la transmisión ".

Si se utilizara por el vendedor su *ius resolutionis*, ateniéndose a los términos de la cláusula recuperadora, los sacrificios impuestos al comprador para adquirir el resto de la cosa se revelarían en el presente infructuosos, que es lo que se intenta eludir. Todo el bien se ha consolidado bajo la férula del comprador, y el rescate parcial del vendedor - o de aquel a quien hubiera traspasado su derecho *inter vivos* o *mortis causa* - implicaría la reaparición de la vinculación comunitaria, extinguida tras la sucesiva realización de dos negocios jurídicos: la compraventa-básica de la porción alícuota y la posterior subasta pública en la que interviniera como mejor postor el comprador a retro.

7.2.4. ¿Podría imponer el retrayente una redención global? No.

Argumentos:

Interesa, en todo caso, formularse una pregunta: si el comprador que adquiere el todo no tiene interés en la exigencia del retracto global, puede conformarse con el rescate parcial, tal y como se pactó; ahora bien, ¿ le cabría al vendedor-retrayente, ante la negativa a ello del comprador - actual *dominus* en solitario del bien - obligar a éste a cederle toda la cosa?

La respuesta es negativa puesto que la facultad consentida en el artículo 1513 no tolera su conversión en un deber. Cuestión distinta consiste en que uno y otro, en el contrato-cimiento previeran - y se antojan demasiadas previsiones - que se utilizara en lo venidero la acción de división, y que la

³⁶ Código..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 410.

ulterior celebración de la subasta concluyera con el remate del comprador, y en vista de ello se hubiera estipulado que en semejante contingencia le fuera elegible al vendedor recuperar el todo, porque esta convención supondría ley entre las partes.

Opina lo contrario Colmet de Santerre³⁷, para quien, pese al silencio legal - nada dice al respecto el artículo 1667 del Código francés³⁸, al igual que el español - goza el vendedor en todo caso del derecho de exigir al comprador la devolución, no sólo de la cuota, sino la entrega de toda la finca, y lo apoya en la igualdad de condiciones que debe reinar entre los contratantes. Según el jurista galo, el comprador que deviene adjudicatario en la licitación no obligaría al titular rescatador a recobrar el todo cuando la redención *pro parte* desprendiera un resultado ventajoso para aquél - por ejemplo, porque el valor del bien hubiese experimentado un incremento desde el momento de la celebración del remate, lo que le impelería a conservar la porción o porciones indivisas ajenas al contrato-básico en lugar de desprenderse de ellas a cambio del precio de licitación -, pero en el caso contrario sí que se decidiría a imponer al titular retractual el rescate *pro solido* - a causa, verbigracia, de una depreciación desde entonces de la cosa -; el enajenante a retro no podría, en esta última hipótesis eludir las consecuencias de ello sino renunciando al ejercicio del rescate. En resumidas cuentas - termina Colmet -, la regla legal sentada por el precepto contra el vendedor ha de ser recíprocamente aplicada cuando resulta favorable a esta misma parte.

En verdad, tal pretendida igualdad de condiciones propugnada no existe, porque el comprador, a fin de conservar la cuota alícuota adquirida en el negocio-básico - ante la amenaza de perderla -, se ve impelido a convertirse en adjudicatario de todo el fundo, pero el vendedor que retrae ejercita un derecho suyo libremente. No se columbra en razón de qué principio el vendedor pudiese obligar al comprador a cederle la parte indivisa de la que no tenía aquél la propiedad, y que tampoco resultó objeto de la venta a carta de gracia.

³⁷ *Cours...*, cit., tome septième, nº 113 bis.II, p. p. 143 y 144.

³⁸ *Vid.* la nota 28.

7.2.5. La suma que debe abonar el retrayente en caso de redención integral. Los dos criterios propuestos: toma de posición:

El comprador, en la licitación pública que señala el artículo 404 C.C., con admisión sin límite de extraños, ha obtenido pujando la adjudicación de la entera finca en cuestión, a cambio del pago de un precio - verdadera causa extintiva del condominio -, que deberá repartirse con respeto a la proporcionalidad existente durante la comunidad. El problema postrero lo plantea, por consiguiente, el método de cálculo de la cantidad que el vendedor-redentor ha de pagar al adquirente-retraído, y ello sólo ofrece dificultad cuando éste le reclama el retracto de todo el fundo, en atención a que la eventual recuperación parcial de la cuota indivisa enajenada en principio, ante la ausencia de cambio en el objeto retractual, se rige por la disciplina del artículo 1518 C. C., *ipsum est*, abono del precio de venta de la porción alícuota así como de las cantidades adicionales allí reflejadas.

Si se procede, a iniciativa del sujeto pasivo del retracto, al rescate integral del bien, es menester la determinación de la suma por la que el retrayente debe adquirir - que no readquirir - la cuota o cuotas alícuotas de la finca que no vendió, pues no le pertenecían, duda que cabe achacar - como demérito - al silencio de la norma, que con una ligera y expresiva mención hubiera podido regular los conceptos y la cuantía total de la indemnización, y eliminado la consiguiente discrepancia, que se plasma en el manejo de parámetros distintos para su fijación.

Se han esbozado dos criterios a este respecto. El primero concede valor esencial, y lo adopta como punto de referencia, al precio que rigió en la venta a carta de gracia de la porción indivisa de la cosa, y a partir del mismo y mediante una razón de proporcionalidad, a través de una mera regla de tres, lo aplica extensivamente al fundo entero. Este criterio, según considera Manresa³⁹, posibilitaría al comprador "enriquecerse o perjudicarse indebidamente, ya que lo probable será que no esté en relación el precio de la compra con pacto de retro de la parte indivisa y el precio que medió en la

³⁹ *Comentarios...*, cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 473.

adjudicación del resto de la finca". En efecto, por un lado, el precio que se suele convenir en una compraventa con la cláusula rescatadora difiere por defecto del que se aplicaría en otra desprovista de la misma. Y, por otro lado, la intervención de extraños en la licitación, bien pudiera llevar al comprador a retro, en aras de la conservación de su porción - que de otro modo perdería -, a presentarse como el mejor postor de la subasta, a aumentar la cantidad más alta que se hubiera ofrecido, por cuanto el riesgo de que el precio que se pague definitivamente por la cosa no se corresponda con el propio de una venta con retracto aumenta.

"Además, - agrega Manresa⁴⁰ - si el acto que motiva el retracto, en cuanto al expresado resto, es la adjudicación, originada en el artículo 404, y la concesión hecha por el artículo 1513 y no la ley del contrato que pasó entre las partes fuera de la cual se encuentra este derecho excepcional, justo es que se regule por las condiciones de dicha adjudicación, y no por los preceptos de un contrato, que en cierto modo es completamente independiente."

El segundo criterio defiende que el retrayente debe, en buena y justa lógica, invertir en el recobro y adquisición de la finca la misma cantidad desembolsada por el comprador-adjudicatario para hacerse con toda ella: una parte en concepto de ejercicio del rescate, otra parte a título de compra de las porciones alícuotas libres del pacto, dominio que el adquirente ha recibido puramente. En consecuencia, se descompone la cantidad pagadera por el retrayente en dos sumandos, cuyo primer componente lo formará el dato seguro representado por el precio del contrato de enajenación, con nuestra cláusula, de la parte indivisa. A esa cantidad, habrá de añadirse el efectivo precio de adjudicación de las restantes cuotas, que es en realidad la cantidad que acaba por satisfacer el comprador en la subasta. Para su señalamiento, del importe total del remate ha de detraerse el correspondiente a la parte alícuota que el mismo, con anterioridad a la subasta, ostentaba como condueño, porque sólo puede adquirir, el comprador, en dicho acto, la parte que no le pertenecía (S.T.S. de 12 de marzo de 1963 - considerando segundo -), y esa será la cantidad neta de la adjudicación, que traduce en

⁴⁰ *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 473.

metálico el valor de tales cuotas hasta el instante ajenas.

La adición o reunión de las dos sumas expuestas, que compone el precio total de la finca, tendrá que verse incrementada, a fin de componer la cantidad definitiva que el retrayente satisfaga, con los restantes gastos e impensas detallados en el artículo 1518 del Código. Ello es así, respecto a la cuota ideal o matemática que en verdad retrae, por aplicación directa de tal precepto; y en lo afectante a las otras porciones, las adquiridas en la subasta - por más que jurídica y terminológicamente no convenga en relación con ellas hablar de retracto - , porque el nacimiento de la obligación - gracias a la libre decisión del retraído - a cargo del redentor de utilizar su *ius in re aliena pro solido* autoriza a la apelación analógica al precepto.

Scaevola justifica la solución que se suscribe por la remisión que el artículo 1521 proyecta al 1518, “ puesto que, si se examina detenidamente, en el derecho concedido al comprador a obligar al vendedor a retro de una parte indivisa a redimir la finca entera se encuentran, aunque invertidos, los mismos elementos jurídicos que en el retracto legal de comuneros, y si en éste el retrayente se ha de subrogar en lugar del comprador en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, no hay razón ninguna para que no suceda lo propio en la hipótesis regulada por el artículo 1513⁴¹”. Por idéntico motivo, esto es, su vigencia general en toda clase de retractos, ya convencionales, ya legales, estima adaptables a nuestro supuesto los números 1º y 2º del artículo 1518⁴².

Y si en el instante en que el vendedor ejercita el rescate, el comprador no hubiera pagado todavía el importe del remate, el crédito común de los otros comuneros aparecerá ya sometido a las reglas de las obligaciones con pluralidad de sujetos (artículos 1137 y ss. C. C.), y pasará a recaer, como sujeto pasivo, sobre el retrayente, con la simultánea exoneración del retraído.

⁴¹ Scaevola, Q.M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición p. 412.

⁴² *Ídem*, p. p. 412 y 413.

7.2.6. Las particularidades reflejadas por la legislación italiana.

Análisis de los artículos 1522 del Código de 1865 y 1506 del de 1942:

A modo de colofón, y en consideración a la peculiaridad que exuda, no me resisto a silenciar el tratamiento dispensado a la cuestión por la legislación transalpina. Su Código de 1865, en su artículo 1522, reproduce, en líneas generales, la redacción del 1667 del texto napoleónico⁴³, aunque acuña una innovación respecto al precedente.

Rezaba como sigue la norma italiana: “El comprador con pacto de retracto de parte indivisa de un fundo, si llega a ser adjudicatario del fundo entero por subasta pública entre los condueños provocada contra él, puede obligar al vendedor a redimir todo el fundo cuando éste quiera hacer uso del pacto⁴⁴.”

De su examen se infiere la presencia de varios extremos, cuya materialización cumulativa luce inexcusable de cara a la asunción por el comprador del beneficio descrito.

En primer lugar, se ordena que la licitación se hubiera provocado contra él, esto es, que no responda a su iniciativa y que, el mismo, alcance la condición de adjudicatario de la cosa toda. El requerimiento aparece inspirado en el concepto de equidad, y con esa fórmula se quiere obviar el inconveniente, bastante grave por cierto, que acaecería de consentirse el rescate *pro parte*. La consolidación, vía el oportuno remate, del dominio del entero inmueble en manos del comprador, desembocaría por mor de ese retracto parcial en una nueva comunidad con el vendedor-redentor, y la disolución de ella necesitaría de una subasta adicional, por lo que se incurriría en enormes y evitables dispendios. En honor de ello, en una notable línea de razonamiento que apadrina Pacifici-Mazzoni⁴⁵, se justifica la disciplina legal en que el vendedor, de no haber enajenado previamente su porción indivisa de la finca, habría sido obligado en relación con los copropietarios - en idéntica

⁴³ Vid. la nota 28.

⁴⁴ : “Il compratore col patto di riscatto di parte indivisa di un fondo, se è divenuto aggiudicatario del fondo intero per incanto fra condivententi provocato contro di lui, può obbligare il venditore a redimere tutto il fondo quando egli voglia far uso del patto.” = en *Codice Civile [de 1865]*, diciassettesima edizione, Milano, 1940-XVIII, p. 182.

⁴⁵ *Istituzioni...*, cit., volume V, parte speciale, n° 104, p. 117.

situación a la en que se ubica hogaño el comprador a retro, y habida cuenta de la imposibilidad de división de ella sin pérdida o quebranto - a elegir entre la disyuntiva que al último se le presenta: o el abandono de la cosa, o la adquisición de todo el inmueble. Por ende, se postula que en la misma necesidad jurídica debe encontrarse el vendedor con la cláusula hacia el comprador-adjudicatario, una vez que éste deviene único dueño del fundo: o se rescata en su integridad, o no se rescata.

En segundo lugar, se decreta que la licitación se celebre sólo con la intervención de los comuneros, sin la admisión de *estranei*. La expresión «subasta provocada contra el comprador a retro», contenida en el artículo 1522, significa que la iniciativa se atribuya a cualquier otro comunero, pero no que aquél se oponga o muestre su disenso a la celebración de la misma, porque, si ello aconteciera, habría de acudir, según dispone el artículo 988 del propio texto codificado de 1865⁴⁶, a una subasta judicial, lo que permitiría la participación en la puja a los extraños. Consecuencia inmediata de lo anterior es que, para que únicamente quepa la presencia de *intranei* en la licitación, es menester que todos los condóminos así lo consientan, y la subasta se efectuará ante un notario elegido de común acuerdo.

Más singular incluso que su antecedente próximo citado, se manifiesta el tenor literal del artículo 1506 del Código italiano de 1942, dado que, con un punto de arranque en perfecta coincidencia con el del texto decimonónico, como es la venta separada de una cuota pro indiviso de un bien con el añadido del pacto de recuperación, las exigencias que contiene destacan por lo desacostumbrado de su carácter.

Su párrafo primero⁴⁷ declara que si un copropietario - sin especificar si se trata del comprador o no⁴⁸ -, intenta hacer cesar la comunidad, la

⁴⁶ : “ Se gli immobili non possono comodamente dividersi, se ne farà egualmente la vendita agli incanti giudiziali.

Quando però le parti sieno tutte in età maggiore e vi consentano, gli incanti possono seguire avanti un notaio eletto di comune accordo ed anche tra i soli condividenti. “ = *Codice Civile* [de 1865], cit. p. 140.

⁴⁷ Artículo 1506,1 del Código de 1942: “In caso di vendita con patto di riscatto di una parte indivisa di una cosa, il comproprietario che chiede la divisione deve proporre la domanda anche in confronto del venditore. ”

⁴⁸ Se aparta, con ello, de lo reseñado en el artículo 1522 del Código de 1865 (*Vid.* la nota 44), así como del artículo 389 del Progetto della Commissione Reale (un Proyecto ministerial sobre obligaciones): “In caso di vendita con patto di riscatto di una parte indivisa di un immobile, il compratore, quando i comproprietari provochino contro di lui la divisione e il relativo incanto, deve darne avviso al venditore affinché possa esercitare il riscatto. Il venditore che non lo esercita decade da tale facoltà, anche se lo stesso compratore sia divenuto aggiudicatario. “= en *Codice Civile*, libro delle obbligazioni, por G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter y G. Dallari, Milano, 1942-XX, p. 305.

demanda de división debe ser enderezada también contra el vendedor. La omisión de esa carga provoca la inoponibilidad al mismo de la división (ex art. 1113, 3 de su Código Civil⁴⁹).

La imposición de tal litisconsorcio pasivo necesario se explica con el evidente interés que el vendedor puede mostrar en la división, por lo que se le debe situar en condiciones de tutelarse respecto a los trámites particionales. Él no es, en realidad, un extraño frente a la comunidad, y se le reconoce también de modo tangencial, a través de semejante llamamiento imperativo - siempre que lo juzgue conveniente a su provecho, y previo el pronto y diligente uso del retracto convencional, lo que provoca la resolución de la venta-básica y la readquisición de su cuota -, la facultad de presentarse como titular de la misma en la práctica de la división.

Si el vendedor no es invitado a participar en la división, la contravención normativa la convierte en inoponible frente a él, y le asiste el derecho de promover que se celebre de nuevo. Ahora bien, en el supuesto de que el vendedor, incluso si no ha sido llamado a intervenir en la eventual división en curso, acometa la redención antes de la disolución del condominio, entonces se producirá el retorno a su hégida de la titularidad de la cuota enajenada, de suerte que en concepto - nuevamente - de comunero se hallará legitimado para concurrir en el proceso divisorio conforme a la disciplina común.

Si no se ejercita el *ius redemptionis*, la cosa no se presta a una cómoda división⁵⁰, y el mecanismo disolutorio de la comunidad aboca al acto de adjudicación del todo a resultas de la subasta, así como al reparto de lo obtenido, el vendedor pierde su derecho rescatador, incluso si el adjudicatario

⁴⁹ Artículo 1113,3 del Código Civil italiano actual: “Devono essere chiamati a intervenire (en la división), perchè la divisione abbia effetto nei loro confronti, i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull’immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell’atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale.”

⁵⁰ Dispone el artículo 1112 de su Código Civil de 1942, casi réplica de nuestro 401,1: “Lo scioglimento della comunione non può essere chiesto quando si tratta di cose che, se divise, cesserebbero di servire all’uso a cui sono destinate.”

Como el artículo 1116 italiano (nuestro 406) considera aplicables a la división de la cosa común las normas acerca de la de la herencia [“in quanto non siano in contrasto con quelle sopra stabilite”], tiene acomodo aquí, también, la letra del artículo 720 del texto transalpino: “Se nell’eredità vi sono immobili non comodamente divisibili o il cui frazionamento recherebbe pregiudizio alle ragioni della pubblica economia o dell’igiene, e la divisione dell’intera sostanza non può effettuarsi senza il loro frazionamento, essi devono preferibilmente essere compresi per intero, con addebito dell’eccedenza, nella porzione di uno dei coeredi aventi diritto alla quota maggiore, o anche nelle porzioni di più coeredi, se questi ne richiedono congiuntamente l’attribuzione. Se nessuno dei coeredi è a ciò disposto, si fa luogo alla vendita all’incanto.”

es el comprador (artículo 1506, 2 del *Codice*⁵¹). El régimen habitual del derecho de rescate padece, aquí, por mandato legal un acortamiento de su término de utilización, en cuanto debe ser actuado antes de la adjudicación de la cosa, so pena de caducidad anticipada.

El Código italiano vigente ha buscado que las eventuales consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio del derecho de redención entre el vendedor y el comprador, se produzcan antes de la adjudicación de la entera cosa al último. Se proscribe que el retracto, un rescate *pro parte* tal y como se acordó en su día⁵², pueda utilizarse contra el adjudicatario, lo cual, procrearía una nueva comunidad; por otra parte, el peligro latente de recuperación parcial acabaría por comportar una depreciación del bien subastado: la permanencia de la amenaza redentora sobre la parte indivisa, y su efecto frente al adjudicatario, representaría, de hecho, una limitación del entero bien, con negativa repercusión sobre su valor de remate. El fin normativo radica en reprimir que un acto de disposición de la cuota alícuota - su venta con pacto de retracto - se traduzca en un perjuicio para todos los condóminos, y la prevista decadencia del derecho tiene por objeto facilitar la adjudicación de la cosa.

El derecho de recuperación permanece, en cambio, si se procede, por permitirlo así la naturaleza de la cosa, a la división *in natura* de ella. Continúa transcurriendo con normalidad el término o período redentor hasta alcanzarse el *punctum temporis* final. Se aprecia, sin embargo, una modificación en su objeto, que no está constituido más por la cuota, si que por la parte material asignada al comprador, quien gozará de un derecho exclusivo sobre una porción del bien.

En el supuesto de que, con ocasión de la *división in natura* - judicial o extrajudicial -, el comprador, con las indemnizaciones oportunas, devenga adjudicatario del todo, el vendedor puede rescatar solamente la cuota enajenada a retro. Al comprador no le corresponde, como bien apunta

⁵¹ : “ Se la cosa non è comodamente divisibile e si fa luogo all'incanto, il venditore che non ha esercitato il riscatto anteriormente all'aggiudicazione decade da tale diritto, anche se aggiudicatario sia lo stesso compratore ”.

⁵² No se contempla la posibilidad de que, al igual por ejemplo que en el artículo 1513 del texto español, el comprador con el pacto - y posterior adquirente de toda la cosa- obligue al retrayente al rescate *pro solido*. Allí, en Italia, llegada la adjudicación, caduca anticipadamente el poder redentor.

Rubino⁵³, pretender que la redención alcance a la entera cosa, puesto que al tiempo de la adquisición con la cláusula había entrado en un estado de comunidad, sin que le quepa quejarse del coetáneo retorno a tal estado.

7.3. Legitimación activa plural:

No se vislumbra mayor complicación - en punto al ejercicio del derecho de rescate - cuando, tanto el rol jurídico de retrayente cuanto el de retraído, se confieren a un sujeto único.

La dificultad se plantea, sin embargo, en el caso en que los legitimados activamente sean varios, lo cual obedece a una resultancia material - finca indivisa: artículos 1514,1 y 1516 - o responde a una procedencia personal - herederos del vendedor único: artículo 1514, 2 -.

En la primera conjetura, son diferenciables dos hipótesis: o que vendan todos los comuneros el fundo a través de un solo contrato - supuesto de hecho del 1514 -, o que se acometan ventas separadas de las diversas partes - residenciado en la letra del 1516 -, y que será objeto de estudio en un epígrafe posterior.

En los dos casos que ahora nos interesan, es decir, cuando se haya producido una enajenación a retro con la parte vendedora subjetivamente compleja, o cuando a causa de la muerte del vendedor único se subrogare en la titularidad del *ius recobrii* una pluralidad de herederos, la solución ideada por el artículo 1514 determina que ninguno de los comuneros o herederos pueda retraer sino la correspondiente porción de la cosa, si bien al comprador se le reconoce - según proclama el 1515 - el derecho a exigir de aquéllos el acuerdo para la redención total.

7.3.1. Venta conjunta de finca indivisa (art. 1514,1 C.C.):

Este párrafo del precepto requiere, a través de una pormenorizada enunciación - más propia de las normas reglamentarias - que varios

⁵³ *La compravendita*, cit., n° 294, p. 1069.

conjuntamente y en un solo contrato vendan una finca indivisa, por lo que es pertinente un detenido escudriñamiento de sus términos.

7.3.1.1. Escrutinio de la fórmula normativa:

El adjetivo « varios »⁵⁴ equivale a decir dos o más personas copropietarias de un bien⁵⁵, fórmula esta última que utilizan el artículo 1750 del Código del Uruguay, el 1098 del costarricense, el 1143 del brasileño o el 1387 del argentino. Se ha procedido con acierto, recuperando la versión del artículo 1128 del Proyecto de 1836 de Cambroner⁵⁶, a la sustitución en la redacción del precepto vigente del adjetivo « muchos », utilizado por el Proyecto de 1851 - art. 1443 - y el Anteproyecto de 1882-88 - art. 1541,1 -⁵⁷, noción que inducía a equívocos porque hacía pensar en un número elevado de vendedores - cotitulares -, en una multiplicidad, en una muchedumbre o una abundancia excesiva de personas, error que tuvo su origen en una nefasta traducción de los términos « *plusieurs* » del artículo 1668 del *Code* y « *più* » del 1523 del *Codice Civile* italiano de 1865⁵⁸.

Deben concurrir todos los copropietarios de la cosa a la suscripción del contrato, mas ya con dos integrantes solamente cabe hablar de condominio y, por ende, invocar la aplicación del precepto.

7.3.1.1.1. Se enajena todo el bien, a través de un único contrato, y por un único y total precio:

Los porcioneros proceden a la enajenación conjunta de la totalidad del

⁵⁴ Utilizan también el término « varios », como nuestro artículo 1514 C.C., el artículo 1541 del Código venezolano y el § 3908 del portorricense.

⁵⁵ Ya Serrano, E., lo afirmaba así = « voz retracto convencional... », cit., p. 502.

⁵⁶ Vid. Lasso Gaité, J. F.: *Crónica ...*, cit., volumen II, p. 219.

⁵⁷ Vid., respectivamente, García Goyena, F.: *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 418, y Lasso Gaité, J. F.: *Crónica ...*, cit., volumen II, p. 703.

⁵⁸ Artículo 1668 del *Code*: « Si *plusieurs* ont vendu conjointement, et par un seul contrat, un héritage commun entre eux, chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour la part qu'il y avait. »

Artículo 1523 del Código italiano de 1865: « Se *più persone* hanno venduto unitamente e mediante un solo contratto un fondo tra esse comune, ciascuna può promuovere l'azione di riscatto sopra la parte soltanto che le spettava. » = en *Codice Civile [de 1865]*, cit., p. 182.

bien, de todas y cada una de sus cuotas⁵⁹, por medio de un solo contrato, y a cambio de un único y total precio. Se excluyen, por lo tanto, del cobijo o ámbito de aplicación de la norma española, los casos en que varias personas concierten contratos distintos, aunque coincida su autorización en un solo acto, puesto que no es la unidad de acto lo que debe considerarse sino - en palabras de Laurent⁶⁰ - la unidad de hecho jurídico. Es decir, que no debemos reparar en la inescindibilidad del mecanismo instrumental - de hecho, la escritura puede no ser única -, sino atenernos a la unidad del precio⁶¹ y a la fusión o convergencia del consentimiento de los diferentes vendedores, lo que Brunetti califica de "unidad de contexto"⁶².

García Cantero⁶³, con buen criterio, considera que puede darse una mera coincidencia circunstancial en el documento sin existir venta conjunta. Si se realiza la plasmación en un solo contrato de la compraventa de una pluralidad de objetos - o derechos - con pacto de rescate, asignando a cada uno de ellos un precio específico, ello supone, en realidad, la presencia de tantas ventas como objetos. Y nos encontraríamos, entonces, en la órbita del artículo 1516 del Código, y no en la del 1514 y 1515, que se refiere a la venta por cada copropietario separadamente de su porción, bien que obtuviese reflejo en el mismo contrato, y aunque los precios de las diversas partes alícuotas fueran iguales.

No se trata, en nuestro caso, de una pluralidad de enajenaciones de las singulares cuotas de copropiedad; antes bien, de una venta de una finca, en su totalidad, efectuada por quien tiene justamente el poder sobre la entera cosa estimada como un único objeto. Acontece, pues, la venta del bien común por obra del sujeto colectivo formado por el conjunto de copropietarios.

⁵⁹ A partir del Código Civil portugués, cuya redacción es casi idéntica a la del 1514,1 español [: "se for vendida coisa ou direito comun com a cláusula a retro, só em conjunto os vendedores podem exercer o direito de resolução"], Pires de Lima, F.A. y Antunes Varela, J. de M., mantienen una opinión contraria: "1.- Não importa, para aplicação da doutrina deste artigo, que a coisa seja vendida na sua totalidade, que todos os consortes tenham alienado o seu direito. Se, por exemplo, a coisa pertence a três pessoas e duas delas vendem a sua quota, em conjunto, com a cláusula a retro, a resolução, por força deste artigo, só poderá fazer-se com intervenção dos dois alienantes." = *Código Civil anotado*, volume II, 3ª edição, Coimbra, 1986, p. 232.

⁶⁰ *Principes* ..., cit., tome vingt-quatrième, troisième édition, n° 414, p. 407.

⁶¹ Así lo contempla, en el campo normativo, el artículo 1750, 2 C.C. del Uruguay. En el terreno doctrinal, vid., p.ej. = Scaevola, Q.M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 418.

⁶² *Del riscatto convenzionale*..., cit, n° 61, p. 110.

⁶³ *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p.593.

La norma, al igual que el precedente artículo 1513, se dirige a los contratos que tengan por objeto tanto muebles como inmuebles⁶⁴, a pesar de la minoritaria opinión en contrario de Santos Briz y Badenes Gasset⁶⁵. En ausencia de jurisprudencia específica, rige la invocación por analogía del considerando primero de la S.T.S. de 12 de diciembre de 1903, relativa a una hipótesis de retracto gentilicio de bienes parafernales.

7.3.1.1.2. Surgimiento de un derecho de retracto convencional para cada sujeto enajenante:

No obstante el estado de indivisión reinante en el momento de la celebración de la venta conjunta, para lo cual es de todo punto intrascendente el carácter divisible - división natural - o no de la *res vendita*, el derecho de retracto convencional disfruta de divisibilidad⁶⁶.

Al tiempo de pactarse la cláusula rescatadora existe un condominio, y la circunstancia de que se enajene conjuntamente - por más que al consumarse la compraventa-básica se extinga la comunidad, mediante la reunión en manos del comprador de todas las partes - no modifica la naturaleza de la propiedad de cada porcionero sobre su privativa cuota, de manera que, convenido un derecho recuperador en el contrato, ese poder redentor afecta de forma individual e independiente a cada una de las porciones. A la unicidad del contrato, la ley en su artículo 1514 le hace corresponder, y a salvo de lo establecido en el precepto siguiente, no ya un único e infraccionable derecho rescatador cuyo ejercicio se imponga en vía conjunta a todos los vendedores⁶⁷, o incluso sólo a algunos mas por la integridad del bien, sino tantos derechos cuantos son los sujetos enajenantes. Se configura un haz de

⁶⁴ Vid., con carácter general el epígrafe 2.1.4.1.

En particular, con motivo del análisis de los arts. 1513-1517 C.C., vid. = García Cantero, G.: *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 591, u O'Callaghan, X.: *Código Civil Comentado*, cit., 1ª edición, p. 1448.

⁶⁵ Santos Briz, J.: *Derechos reales de adquisición ...*, cit., p. 341, en la nota 4; Badenes Gasset, R.: *El contrato de compraventa*, cit., tomo II, 3ª edición, p. 893.

⁶⁶ Es diferente el estado de la cuestión en la Compilación Catalana, cuyo artículo 326,3 afirma que: "El derecho de redimir es indivisible, salvo que diferentes cosas sean vendidas a carta de gracia en una misma compraventa, estableciéndose una parte de precio individualizada para cada una. En tal caso, puede obtenerse la redención de cada cosa a medida que se satisfaga la correspondiente parte de precio."

⁶⁷ Como imponen el § 502 B.G.B., o el art. 933 del Código Civil luso.

derechos singularmente ejercitables, de modo separado, con plena autonomía unos de otros.

Dado que el objeto del retracto es único, se origina una comunidad de derechos reales limitados, una situación de co-retracto convencional supeditada en principio a la disciplina de los artículos 392 y ss. C. C., en especial el contenido en el artículo 399, conforme al cual cada comunero tiene la plena propiedad de su porción de la cosa y puede enajenarla. A resultas de la venta a retro, cada partícipe ve sustituida su parte en el condominio por su parte en la comunidad retractual.

Y, si como se ha señalado, se le permite a cada comunero transmitir su parte, también le cabe ahora enajenar, ceder o hipotecar su derecho de rescate, con la salvedad que sanciona el mentado artículo 399. Impera aquí, con toda su intensidad, la regla básica en materia de comunidad: el derecho de un comunero - un derecho "completo", según se pronuncia el considerando primero de la R. D. G. R. N. de 6 de octubre de 1925 - se halla adscrito estrictamente a su porción respectiva, puesto que lo contrario se identificaría con un atentado al derecho ajeno.

Otra razón adicional que aboga en pro de la naturaleza divisible o, dicho de otra forma, no necesariamente indivisible, del rescate, aun cuando va dirigido a recuperar la *res vendita* y posee carácter abstracto, reside en que - con argumento propuesto por Ysas Solanes⁶⁸ -, " en materia de derechos reales, [y el retracto convencional lo es], cuando éstos son indivisibles lo establece expresamente el ordenamiento, así en la hipoteca y la prenda (art. 1.860 del Código civil) y en las servidumbres (art. 535 del Código civil), pero no existe norma alguna que considere indivisible el retracto y sí, en cambio, el Código civil pone remedio a situaciones que de ejercitarse el retracto independientemente por cada co-titular surgirían supuestos de comunidad presumiblemente no queridas; de ahí que se prevenga para estos casos la posibilidad de no ejercitar su derecho por separado cada uno de los cotitulares del retracto (arts. 1.514 y 1.515 del Código civil)".

Por lo demás, la iniciativa de uno - o más, pero no todos - de los titulares

⁶⁸ *Comentarios...*, cit., tomo XXX, p. 636.

retractuales en orden a la utilización de su rescate *pro cuota*⁶⁹ no adelanta en perjuicio de los demás titulares el momento de caducidad fijado, legal o convencionalmente, para los restantes derechos de redención, cuyos sujetos activos podrán ejercitarlos en el futuro, igualmente *pro parte*.

En cuanto a la suerte de los eventuales derechos reales limitados constituidos en el ínterin sobre la cosa por el comprador, la elucidación de la cuestión, según apunta Rubino⁷⁰, pasa por una distinción previa. Los derechos que pueden gravar una cosa también por una simple cuota abstracta, se restringen a una porción alícuota igual a la que le queda al comprador como propiedad. En cambio, aquellos para los que no es posible semejante cercenamiento o adaptación, se extinguen por entero en atención a las previsiones del artículo 1520 C.C.

7.3.1.2. La conexión con el art. 1515 C.C.: los fines perseguidos por el legislador:

Sin embargo, el conjunto de intereses en presencia determina que la solución favorable al carácter divisible del derecho redentor, consagrada con alcance dispositivo por el artículo 1514, reciba de forma empírica una corrección en el precepto siguiente, artículos ambos que en verdad resultan congruentes y complementarios, por cuanto tutelan, por un lado, la pretensión del comprador a no sufrir un rescate parcial y, por otro, la aspiración del concreto vendedor - o coheredero - a la recuperación de cuanto ha enajenado, partidario del retracto de su cuota.

El legislador se ha propuesto simultáneamente tres fines al regular el supuesto que nos ocupa: el respeto a los derechos ostentados por los integrantes de la comunidad, la contemplación del fomento de la economía fundiaria - enemiga de la desmembración y el excesivo fraccionamiento de los predios - y, por último, la defensa de la posición del comprador, que podría experimentar un perjuicio, porque, habiendo adquirido el bien en un solo

⁶⁹ Se autoriza por el artículo 1514 C.C. a cada titular retractual -vendedor o heredero- a rescatar su parte respectiva, a excepción de que haya adquirido éste el derecho de redención correspondiente a algún otro de los titulares.

⁷⁰ *La compravendita*, cit., p. 1070, nota 64-ter.

contrato *pro solido*, es de colegir que no estará interesado en tolerar un rescate parcial, por importante que fuera la cuota-parte del concreto retrayente.

De los tres objetivos expuestos, el primero aparece sancionado de forma diáfana en los dos párrafos del artículo 1514, que rinde homenaje al canon de la divisibilidad de la acción redentora, en tanto que los dos restantes encuentran acomodo en el 1515, y, en un eventual conflicto, aquél está abocado a doblarse en favor de éstos.

7.3.1.2.1. La facultad, atribuida al comprador, de constreñir a la redención de toda la cosa:

En efecto, el artículo 1515 C. C. le atribuye o reconoce al comprador, en los casos del precepto precedente, la facultad de exigir a los titulares retractuales la consecución de un acuerdo en pos de un rescate integral del bien, y si no lo consiguiesen no podrá el comprador verse obligado al retracto parcial. No supone una protección que se dispense con mecanismo automático, sino una facultad que se le reconoce *ex lege*, y que, a voluntad, le es dable utilizar o no. Se subordina el amparo del interés del comprador a una específica solicitud en tal sentido de parte del mismo. Entraña, por ello, una toma de postura activa y expresa del comprador - legitimado pasivamente para la recuperación -, pues su mera pasividad respecto al retracto *pro parte* no vetará el válido ejercicio de éste. Por lo demás, el mentado beneficio debe ser manejado por vía de excepción: a la demanda o solicitud de rescate parcial cabe imponer la exigencia del acuerdo de los vendedores o coherederos, y puede el comprador requerir que ese acuerdo se refleje por escrito en evitación de potenciales complicaciones.

En el artículo 1515 en particular, y en general desde el 1513 hasta el 1517, se valora el influjo que el estado de indivisión proyecta sobre el ejercicio del retracto convencional, y la tendencia legal propende a procurar que desaparezcan - o en nuestro caso, impedir que renazcan -, mientras a ello no se oponga la expresa voluntad de las partes, los condominios, cuando

concurra una coyuntura favorable que así lo propicie. Puesta en contacto la institución de la comunidad de bienes con el *ius redemptionis*, en todos los supuestos de hecho en que ello suceda, se recurre a potenciar que la proindivisión cese y que la repartición del dominio acabe.

Si no todos los condueños que vendieron de consuno - o los herederos del vendedor único - acuden a retraer la *res vendita* haciendo uso de su particular poder recuperador, el comprador se convertirá en condómino de aquellos legitimados activos que sí lo ejerciten, de suerte que se volvería a un estado de comunidad sobre la finca. Sólo conservaría el comprador el dominio sobre la porción correspondiente al titular o titulares rescatadores que no utilizaran su derecho entonces, pero que podrían actuarlo en lo venidero hasta el *dies ad quem* de su respectivo término. Se crearía una situación de comunidad sui géneris, que provocaría que el redentor pasara a convertirse en copropietario de una cuota ideal o matemática del bien, exenta ya de la amenaza de recuperación, y el comprador deviniera comunero del resto de porciones con la rémora de un eventual rescate de las mismas, cuyo ejercicio les incumbiría a los otros vendedores - o herederos -, no retrayentes en un primer momento. Además, el comprador se encontraría expuesto a distintas demandas retractuales, sucesivas en el tiempo, por razón de una misma cosa comprada.

Por ello, la norma del 1515 persigue atender con carácter primario al interés negocialmente tutelado del comprador, que tuvo la intención de adquirir un todo y no una colección de partes indivisas. La venta conjunta y en un solo contrato del bien común equivale - como sentencia Scaevola⁷¹ - a una sola venta y no indivisamente, sino *pro solido*, por el todo.

Se opera, en consecuencia, al enajenarse a un único comprador la cosa, la cesación temporal del estado de indivisión, que sólo habrá de retoñar si se diera un retracto parcial y no total. Se aplica, por lo tanto, aquí, el principio de unidad de objeto, y aunque, es cierto, cada vendedor - o heredero - únicamente puede ejercitar su derecho *pro parte*, al comprador le cabrá requerir la redención completa: en una palabra, se le permite que ante una

⁷¹ Código ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 414.

venta conjunta imponga una recuperación también conjunta. Aquel que adquirió el bien indiviso con la cláusula redentora presupone que, o conservará en el futuro la totalidad de la cosa, o la devolverá en su integridad, es decir, que el contrato-básico se resolverá o, por el contrario, permanecerá firme por entero.

El artículo 1515, que cuenta con el lejano precedente del *Digesto* (4, 4, 47, § 1)⁷², contempla ese interés del comprador, tendente a la elusión de una situación de comunidad no deseada - condominio que es susceptible de resultar patrimonialmente infértil y vivero de futuros quebrantos -, el prurito de combatirlo y terminar con la indivisión y, en cierto modo, la naturaleza del vínculo jurídico creado, circunstancias todas que facilitan la concesión al comprador de un derecho que guarda notable analogía con el recogido en el artículo 1513.

El comprador debe quedar, en méritos del retracto, indemnizado y repuesto en el estado que disfrutaba antes de la celebración del contrato, propósito que no se verificaría obligándole a soportar una comunidad que no quiso, con el agravante de que, desde la óptica económica, el rescate parcial podría perjudicar al retraído, por alcanzar la cuota un valor inferior al proporcional de la cosa entera.

El interés - el derecho - particular de cada vendedor queda, por ende, subordinado a la conveniencia social o utilidad de la colectividad, coincidente con la del comprador, de las que el artículo 1515 oficia de paladín.

El repudio del comprador al retracto *pro parte* traduce un poder modificativo del *ius redemptionis*, y alberga la prerrogativa de someter a sus titulares a la carga del empleo o ejercicio conjunto. De esa forma, el comprador imprime a un rescate de suyo divisible, marbete de indivisibilidad⁷³.

⁷² *Digesto* (4, 4, 47, § 1) : “El curador de unos menores vendió unos predios en propiedad común, suya y de aquéllos cuya curatela administraba; pregunto, en caso de que hubiesen conseguido los menores la restitución total por decreto del pretor, si se ha de rescindir la venta sólo en aquella parte en que el fundo era propiedad de los menores. Respondí que se rescinde la venta sólo en esa parte, salvo que el comprador quiera desistir de todo el contrato, porque él no habría comprado sólo una parte. Asimismo pregunto: ¿debería acaso el comprador recobrar el precio, con los intereses, de los pupillos Seyo y Sempronio o del heredero del curador? Respondí que, desde luego, los herederos del curador quedan obligados, pero que contra Seyo y Sempronio deben darse las acciones por la parte que cada uno tenía en el fundo; esto sí, siempre que hubiesen cobrado realmente en la misma proporción (Scaev. l resp.)” = *El Digesto de Justiniano*, tomo I, versión castellana por A. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, 1968, p. 207.

⁷³ A tal efecto, el considerando primero de la S.T.S. de 12 de noviembre de 1952.

7.3.1.2.2. Ejercitada una primera redención parcial, ¿podrá el comprador, en lo venidero, rechazar un nuevo rescate parcial?
Defensa de la tesis negativa:

Una vez que el comprador - o causahabiente - accediera a que uno solo de los vendedores - o herederos - utilizase el derecho de redención por su cuota, ¿cabría que, ulteriormente, aquél se encontrara obligado al acatamiento, también, del retracto parcial que otro de los titulares promoviese o, de manera inversa, podría aún exigir la readquisición global de las cuotas restantes del bien?

La doctrina hegemónica, tanto extranjera cuanto española⁷⁴, destierra la admisibilidad legal de una posterior oposición del comprador a otro rescate *pro cuota*, por la sencilla razón de que no se sitúa ya en el estado que nuestro artículo 1515 contempla para esgrimir o aprovecharse de la facultad indicada en él, cual es la lucha contra el regreso a la situación de condominio, de modo que no puede pretender de los otros vendedores - o herederos -, inactivos en un primer momento, “que se pongan de acuerdo sobre la redención de la totalidad de la cosa vendida”. No está ya en manos del comprador la restitución del entero bien, sino sólo de las cuotas que conserva en su patrimonio, lo cual determina la ausencia de la razón inspiradora del precepto.

7.3.1.3. Carácter dispositivo de la solución legal. Los posibles acuerdos de las partes en la materia:

De otro lado, el tenor de los dos artículos del Código en análisis se presenta impregnado de acento dispositivo, en virtud de lo que procede la admisión de una reglamentación convencional de la materia, con ocasión de la estipulación de la venta con la cláusula de rescate, o mediante un convenio sucesivo.

Desde luego, ha de defenderse la validez del pacto con el que los

⁷⁴ Ricci, F.: *Derecho Civil* ..., tomo XVI, nº 59, p.p. 165 y 166; Gasca, C. L.: *Trattato della compra-vendita*, seconda edizione notevolmente accresciuta, volume secondo, Torino, 1915, nº 1470, p.1082; García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 594.

vendedores y el comprador acuerden que, en derogación de lo previsto en el artículo 1514,1 C. C., la fuerza redentora pueda ser ejercitada sólo en conjunto por todos los derechohabientes, o únicamente por la totalidad de la cosa - sea por uno o algunos sólo de los cotitulares -, por no resultar contrario a las leyes, moral u orden público, supuesto este segundo al que se refiere la reseñada R. D. G. R. N. de 6 de octubre de 1925.

En él el pacto de rescate se concierta en provecho de uno de los varios vendedores del bien - así como de sus herederos-, puesto que, tal y como recoge su considerando segundo, "a pesar de las precauciones con que deben admitirse en materia hipotecaria los acuerdos contractuales que tiendan a modificar una disposición legal, no hay inconveniente ninguno en aceptar que un pacto de retroventa se estipule a favor de uno solo de los vendedores de una cosa, primero, porque de esta manera se sigue la orientación de nuestras leyes y, en especial, de los artículos citados del Código civil [1513, 1514 y 1515] hacia la propiedad íntegra e indivisa; segundo, porque si cada uno de los vendedores puede reservarse el derecho de recuperar su propia porción, también podrá autorizar a uno de sus compañeros para hacer uso exclusivo de esta reserva; tercero, porque, en principio, el derecho del condueño se extiende a toda la cosa y a cada una de sus partes, y últimamente, porque las limitaciones que el derecho del copartícipe titular del retracto encontraría en la voluntad de sus compañeros, han sido levantadas por el simple otorgamiento de la escritura calificada".

O, es factible, asimismo, que los varios propietarios *pro indiviso* de una finca que la enajenan con la cláusula de recuperación, pacten una autorización mutua para el empleo por todos o cualquiera de ellos del derecho retractual, según nos demuestra la R.D.G.R.N. de 29 de julio de 1931, en su considerando cuarto, con una previa remisión a la Resolución recién aludida, pues " la doctrina precisa, clara y terminante, sentada por este Centro directivo en la Resolución de 6 de octubre de 1925, que acepta, en acatamiento de nuestras leyes hacia la propiedad íntegra e indivisa, la posibilidad de estipulación del pacto de retroventa en favor de uno solo de los varios propietarios proindiviso de una finca que enajenan, puede sin esfuerzo

hacerse extensiva a la autorización mutua para el ejercicio por todos o cualquiera de ellos, del derecho de retraer; ...”

Puede también acontecer que los varios titulares del *ius redemptionis*, por propia iniciativa, posterior a la conclusión del contrato-básico con el pacto rescatador, decidan, sin que se lo reclame así el comprador, el ejercicio conjunto del retracto sobre la entera cosa, hipótesis descrita por la enjundiosa S. T. S. de 12 de noviembre de 1952 - considerando primero -.

Goza, igualmente, de admisibilidad la convención por la cual se establezca que, en derogación de lo trazado por el artículo 1515, al comprador no se le permita la oposición a un eventual rescate parcial.

7.3.1.4. El vínculo de solidaridad entre los vendedores convierte en ineficaz la facultad recogida en el art. 1515 C.C.:

Obviamente, no será aplicable el expediente diseñado por el artículo 1515 si la venta se efectúa con un enlace de solidaridad entre los vendedores, de forma que cada uno de ellos se hallará en disposición de rescatar el fundo entero, incluso contra la voluntad del comprador, siempre y cuando, y según proclama el artículo 1137 del mismo cuerpo legal, dicha solidaridad se determine de manera expresa.

7.3.1.4.1. La especialidad contenida en la ley 580, 3 C.N.:

No ocurre así en el texto de la Compilación Navarra, cuya ley 580,3 *ab initio*, con un estilo más sucinto que su homólogo del Código Civil, expresa que cualquier titularidad conjunta del *ius retrahendi* - que puede responder a los dos supuestos referidos en el artículo 1514, ora venta conjunta de un bien indiviso por todos sus copropietarios, ora venta de una finca por su *dominus* a quien suceden varios herederos - lleva aparejada la posibilidad - se lee en su tenor « podrá » - de que cualquiera de los cotitulares ejercite el retracto solidariamente por la totalidad.

Como apostilla la autoridad de Rubio Torrano⁷⁵, " la utilización del verbo - « podrá » dice la ley - debe ser entendida correctamente: la norma faculta a cualquiera de los cotitulares del derecho a retraer a su ejercicio «por la totalidad»; esa facultad no debe ser interpretada en el sentido de que el retrayente pueda elegir entre retraer el todo o sólo su parte, ello sin perjuicio de los pactos a que puedan llegar las partes interesadas ".

Si se produce el enarbolamiento solidario del *ius redemptionis* sobre la finca íntegra, es menester reglamentar las consecuencias allegadas, lo que se nos ofrece resuelto con claridad, líneas más adelante, por la propia ley 580, 3 de la Compilación: "los cotitulares que no hubiesen hecho uso de su derecho podrán reclamar del retrayente la parte que les corresponda en la cosa retraída, dentro del plazo de treinta días a partir de la notificación, o dentro del tiempo que falte para finalizar el plazo de ejercicio del retracto si este tiempo fuese mayor, o dentro del plazo de año y día a contar de la notificación cuando el derecho a retraer se hubiese establecido por tiempo indefinido o a perpetuidad⁷⁶ ".

Y si se hubiese contemplado la posibilidad de prórrogas, el mismo párrafo 3º *in fine* de la ley señala que " el ejercicio del retracto por uno de los cotitulares impedirá a los demás hacer valer contra él nuevas prórrogas ".

Por fin, desde la óptica económica, concluye el párrafo cuarto de idéntica ley que " los cotitulares que hagan uso de este derecho deberán abonar al retrayente la parte del precio que les corresponda más los intereses y gastos".

7.3.1.5. Si, ante la solicitud por el comprador de la redención *pro solido* de la cosa, no acceden a ello todos los titulares retractuales, cómo se elucida el interrogante:

De retorno en el terreno civil común, hay que reseñar que la letra del artículo 1515 C. C. suscita una incertidumbre, representada por la ausencia, ante el requerimiento en tal sentido del comprador, del acuerdo de los

⁷⁵ *La venta a carta de gracia...*, cit., p. 26.

⁷⁶ *Vid.* en punto a ello el análisis de la ley 577 de la Compilación Navarra, referente a la duración en el ámbito foral del derecho de rescate, recogido *supra* en el epígrafe 4.2.

diferentes titulares retractuales - antiguos comuneros - para el rescate global del bien. ¿Qué sucede si uno - o unos - de esos antaño comuneros vendedores a retro desea - o desean - ejercitar la redención y otro - u otros - no, acaso por carecer de momento de los fondos necesarios para ello, o porque simplemente no le - o les - interesa aún ? ¿Tendrán el interesado - o interesados - en proceder al rescate, que dejar caducar su derecho por la falta de concurso de los restantes? ¿Podrán, en ese caso, aquél o aquéllos, de reunir el capital suficiente, empuñar la acción recobradora por el todo? ¿Se deberá actuar en nombre de los demás, con el consentimiento de éstos y en su favor?

Da cumplida noticia García Goyera⁷⁷, a este respecto, de que en el Proyecto de 1851, en su artículo 1444⁷⁸, se suprimió una adición extraída del artículo 1675 del Código Civil sardo⁷⁹, que decía: " sin embargo, si alguno de los co-herederos ó co-vendedores, ó uno de ellos, no quieren prevalerse del pacto de retro, los otros, y hasta uno solo de ellos, podrán ejercitarlo por entero en su provecho particular ", y que, en principio, hubiera debido componer el párrafo segundo de ese artículo 1444. La postrera eliminación de tal referencia, que en opinión del celeberrimo jurista significó un gran logro⁸⁰, respondía a que ella introducía un anómalo *ius accrescendi*.

El artículo 1514, 1 C. C. tiene por manifiesto fin que ninguno de los corretrayentes pueda ejercitar el rescate en nombre y provecho privativo, lo que ha recibido la confirmación jurisprudencial por medio de las Ss. T.S. de 30 de octubre de 1976 - considerando segundo, a) - y 17 de marzo de 1997 - fundamento de derecho tercero -.

Entiende García Cantero⁸¹, en un razonamiento que suscribo plenamente, que ello no descarta en todo caso que un co-titular retractual pueda acometer la redención integral de la finca, y le cabrá hacerlo cuando ejercite el rescate no en nombre y provecho propio, sino en nombre de los demás y en beneficio de todos. La razón de este argumento reside en el

⁷⁷ *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 419.

⁷⁸ Coincidente con nuestro 1515 C.C.

⁷⁹ García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 419.

⁸⁰ *Idem*, p. 419.

⁸¹ *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. p. 594 y 595.

insistente criterio jurisprudencial, estudiado con detenimiento por Albaladejo⁸² ; por ejemplo, las Ss. T. S. de 20 de diciembre de 1989 - fundamento de derecho cuarto - o 25 de enero de 1990 - fundamento de derecho tercero -, conforme a las que, cualquiera de los condóminos se halla legitimado para ejercitar acciones que redunden en beneficio de los demás, así como para formular las pertinentes reclamaciones en orden a la protección, no sólo de su cuota, sino en provecho común del derecho global sobre el bien, de forma que - según afirma el citado jurista⁸³ - "la sentencia favorable aproveche a todos, y la adversa no perjudique sino al actuante". Y ello sin que la actuación de un copartícipe en interés común se cimente en ningún tipo de poder, ni siquiera tácito, otorgado por los otros - S. T.S. de 28 de octubre de 1974 - considerando cuarto -.

Por lo tanto, ante la indolencia o pasividad de algunos corretrayentes, a los restantes les cabe la utilización del derecho redentor por el todo en nombre de los demás, sin detrimento de que *a posteriori* se les compense de las cantidades económicas - en concepto de precio y adyacentes - que hubiesen debido anticipar, para cuya fijación se procederá a prorrata de la porción que tuvieran en la cosa común (artículo 393 C.C.). Una solución que ha sido elegida, además, para un supuesto similar, con el que concurre la imprescindible identidad de razón, por la S. T. S. de 30 de mayo de 1906, relativa a la utilización de un retracto de asurcanos de un prado, derecho legal cuya titularidad pertenece a los copropietarios de la finca limitrofe, y que lleva al Alto Tribunal a argumentar - en su considerando primero - que bastaría el ejercicio de la acción retractual por uno de los condueños, "pues aunque la finca que sirve de base al retracto la tenga en comunidad con los demás, no por razón del éxito del mismo se puede considerar alterada la sustancia de la cosa poseída en común, porque no es en ella donde se hace la alteración a que se refiere el art. 397 del Código civil,...".

Asimismo, es la solución acogida en algunos Códigos extranjeros, como el § 502 del B. G. B., el art. 1143, § 1º del brasileño, o el 1507, 3 del italiano de 1942.

⁸² *Derecho civil*, cit., tomo III, volumen, 1º, 8ª edición, p. 407.

⁸³ Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, cit., tomo III, volumen 1º, 8ª edición, p. 407, nota 24.

Según el texto alemán, “si el derecho de retracto corresponde a varios en común, sólo puede ser ejercitado en su totalidad. Si está extinguido para uno de los titulares o si uno de ellos no ejercita su derecho, están los demás facultados a ejercitar el derecho de retracto en su totalidad⁸⁴”.

En parecidos términos se presenta su trasunto carioca, el art.1143, § 1º, que reza: “no habiendo acuerdo entre los interesados, o no queriendo uno de ellos encargarse del retracto integral, caducará el derecho de todos⁸⁵”.

El artículo 1507, tercer párrafo del texto italiano preceptúa que: “el comprador [...] puede exigir que todos los vendedores o todos los coherederos ejerciten conjuntamente el derecho de rescate de la cosa entera; si ellos no se ponen de acuerdo, el rescate puede ejercitarse solamente por aquel o aquellos que ofrezcan retraer la cosa por entero⁸⁶”.

Rubino⁸⁷, interpretando su tenor, estima que el comunero que ejercita el retracto global debe interpelar a los demás partícipes antes de activarlo, de suerte que, si no lo hace, conservan éstos su derecho al rescate *pro parte* mientras no caduque.

De cualquier manera, en términos generales, como mantiene García Cantero⁸⁸, el ejercicio del retracto integral a cargo de uno de los corretrayentes, acarrea la extinción del derecho, “sin perjuicio de las relaciones internas entre los comuneros encaminadas a lograr que el comunero actor traspase a los demás, en la parte correspondiente, el derecho retraído”.

A pesar de la adhesión a la tesis patrocinadora de que un titular retractual pueda accionar el rescate en nombre de los demás y provecho de todos, no desaparecen por ello de raíz ciertos interrogantes; así, García Cantero⁸⁹ se cuestiona la aceptación o el rechazo de tamaña actuación del poder redentor global cuando alguno de sus corretrayentes hubiera expresado formalmente su oposición a dicho ejercicio. La respuesta del comentarista se inclina por la

⁸⁴ Código Civil Alemán, cit., traducción de C. Melón Infante, p. 102.

⁸⁵ “Não havendo accôrdo entre os interessados, ou não querendo um delles entrar com a importancia integral do retracto, caducará o direito de todos”.

⁸⁶ - “Il compratore [...] può esigere che tutti i venditori o tutti i coeredi esercitino congiuntamente il diritto di riscatto dell'intera cosa; se essi non si accordano, il riscatto può esercitarsi soltanto da parte di colui o di coloro che offrono di riscattare la cosa per intero”.

⁸⁷ La compravendita, cit., nº 295, p. p. 1072 y 1073.

⁸⁸ Comentarios ..., cit. tomo XIX, 2ª edición, p. 595, nota 16.

⁸⁹ Comentarios ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. p. 594 y 595, nota 15.

inadmisión, dado que entonces faltaría el sustento en el que se apoya la doctrina jurisprudencial expuesta.

En todo caso, la utilización - a manos de uno de los legitimados activamente - del rescate integral debe ir presidida por la persecución del interés común, y no por la del detrimento o desdoro del mismo, luego " la acción estaría mal ejercitada si posteriormente se demuestra que, por razón de las circunstancias, el ejercicio del retracto ha sido objetivamente un mal negocio ⁹⁰ ".

7.3.2. Vendedor único a quien suceden varios herederos (art. 1514, 2 C.C.):

7.3.2.1. Alcance de la norma y ámbito de aplicación:

Al cabo, y después del estudio que antecede, dedicado al supuesto de legitimación activa rescatadora pluripersonal, con carácter originario, nos atañe la inclusión de algún comentario concerniente al supuesto de una legitimación activa, única *ab initio*, que de forma sobrevenida y por causa de sucesión *mortis causa* se transforma en plural. Esto es, cuando, en obsequio de la naturaleza heredable del *ius redemptionis* - salvo pacto en contrario -, a la personalidad única del vendedor le sucede *mortis causa* la personalidad múltiple de sus varios herederos, que *personam defuncti sustinet*.

La nota de transmisibilidad que caracteriza al derecho de recuperación posibilita que al vendedor le reemplacen en la titularidad del mismo sus herederos. Si es sólo uno, el lance recibirá idéntico tratamiento que la hipótesis denominada normal o habitual, la básica⁹¹; los problemas surgen si han sido varios los herederos.

En tal caso, la unidad y la contextualidad que se tenía en el común autor se conserva en los herederos, pero, en realidad, lo que éstos adquieren, no es la *res vendita*, sino el derecho a redimirla. Establece el artículo 1514, 2 C. C., dada la ya referida índole divisible del rescate, que si cada heredero del vendedor a retro recibe no más que una parte alícuota del derecho de recobro

⁹⁰ García Cantero, G.: *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 595, nota 15.

⁹¹ El retracto cuenta con un único sujeto activo y un solo sujeto pasivo. Es el supuesto más sencillo imaginable.

sobre la finca, entonces cada uno de ellos sucede al vendedor en semejante derecho - y en la colateral acción recuperadora - sólo por la porción de que es heredero [: “ sólo podrá redimir la parte que hubiese adquirido”], debidamente conciliado o armonizado ello, en relación de subordinación, con la facultad que al comprador le reconoce el artículo 1515.

Encarna el segundo párrafo del 1514 una disposición de perfecta inteligibilidad, ya que todos los derechos - conforme explicita el artículo 1112 C.C. - obtenidos merced a una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, salvo pacto opuesto, y, a tenor del artículo 1257 del mismo cuerpo, los contratos generan efectos entre los otorgantes y sus herederos.

La misma solución del 1514, 2 se ha de propugnar, igualmente, cuando la sustitución de la personalidad del vendedor por la de sus sucesores no se produce por herencia, sino cuando a un solitario vendedor le sucedan a título particular varios sujetos en pro indiviso, tanto por cesión onerosa como gratuita.

7.3.2.2. Disección de las hipótesis imaginables en función de la situación jurídica de la herencia:

De cualquier manera, se aprecia en este punto la oportunidad de introducir alguna precisión de cara a la pertinente aplicación de los dictados del artículo 1514, 2 al supuesto de pluralidad - dos o más - de herederos, en relación con el estado en que se presente la herencia.

Si la herencia se encuentra indivisa, en razón de que aún no se ha realizado la partición, asoma una comunidad en mano común, de corte germánico o *zur gesamten Hand*, y como singulariza a la misma que no se aprecia la segmentación en cuotas - si bien se descubre una participación abstracta con efectos en el instante de la división -, y se precisa la actuación conjunta, se exigirá por lo tanto que el empleo del derecho de rescate se apoye en la dicha intervención unánime de todos. No es de aplicación, en rigor, el artículo 1514, 2, puesto que no hay aún, en puridad, “ una parte que hubiese adquirido ” cada heredero.

Si la partición se hubiera efectuado con la distribución de los bienes y derechos que componen la herencia y, ya como resultado de la división o por disposición del testador - lo legó exclusivamente a uno de sus coherederos -, el derecho de retracto se hubiera adjudicado a uno solo de ellos, es evidente que los demás no podrán ejercitarlo.

Si se hubiera adjudicado el *ius retrahendi* a varios, esto es, a dos o más de los coherederos, sí se acudirá a la disposición del artículo 1514, 2, y cada uno de tales se hallará legitimado para ejercitar el derecho de rescate de forma individual e independiente, por la parte alícuota que del poder redentor le hubiese caído en suerte.

Por ello, el presupuesto de operatividad de la regla legal se cifra en el mantenimiento o persistencia, después de realizada la partición, del estado de indivisión sobre el derecho de rescate, que se atribuya en comunidad a dos o más herederos.

En consideración a idénticas razones a las reseñadas en el caso de la legitimación activa plural originaria, ahora también encaja la reafirmación de que el precio y las condiciones o estipulaciones fijadas, de manera unitaria, por el vendedor, en contemplación al ejercicio del rescate sobre el bien en su totalidad, deberán cumplirse por los coherederos - que sean actuales titulares retractuales - en armonía con el porcentaje que alcance la cuota-parte recibida *mortis causa* por cada uno.

7.3.3. Venta separada de finca indivisa (art. 1516 C.C.):

7.3.3.1. Glosa de su supuesto de hecho:

Antes de nada, y en lo tocante a su objeto, hay que sostener una vez más - como se ha realizado en los preceptos anteriores -, que su prescripción deviene aplicable a todo tipo de compraventa con pacto de rescate, cualquiera que fuera la naturaleza del bien enajenado, porque la mención de la norma a la " finca indivisa " no priva de alcance general al sintagma " cosa vendida " del artículo 1517, 2 C. C., que incluye tanto a los muebles como a los inmuebles y

semovientes⁹², pese a la terne opinión contraria de Santos Briz y Badenes Gasset⁹³.

Cada condueño disfruta de la plena propiedad de su parte - según proclama el artículo 399 C.C. -, y puede disponer de ella con la limitación que al final del mismo se expresa, de manera que el efecto de la enajenación habrá de restringirse a la porción que se le adjudique al cesar la comunidad. Y tanto le cabe venderla - con separación respecto a las cuotas-parte de los restantes comuneros - sin mayores aderezos, cuanto encapsulando en el contrato-básico la cláusula de redención, sin importar que estos últimos puedan enajenar a su vez de forma aislada cada una de sus partes, con o sin pacto, bien a un tiempo, bien en secuencias temporales sucesivas.

7.3.3.2. Requisito esencial: varias enajenaciones parciales e independientes de diferentes cuotas de un bien:

Prima facie, del mero examen sintáctico de la norma se infiere que el supuesto de hecho consiste en la venta separada por todos y cada uno de los condóminos de sus respectivas cuotas, pues así se nos indica con la inclusión entre comas de la oración subordinada de relativo, lo que la caracteriza como explicativa. De haber querido el legislador tratarla como especificativa - lo cual permitiría que no todos los comuneros hubiesen vendido a retro, es decir, que al menos uno hubiera dejado de vender con el pacto, ya porque no enajenara, ya porque no incluyera la cláusula en su particular y autónoma operación⁹⁴ -, habría prescindido de las comas.

⁹² García Cantero, G.: *Comentarios...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 591, nota I; Riaza, N.: *Los retractos...*, cit., p. 99; etc...

⁹³ Santos Briz, J.: *Derechos reales de adquisición...*, cit., p.341, en la nota 4; Badenes Gasset, R.: *El contrato de compraventa...*, cit., tomo II, 3ª edición, p.893.

⁹⁴ Ahora bien, quizá se induciría menos a equívoco con la redacción en forma condicional, que usó el artículo 1445 del Proyecto de 1851, de la que se separó ya el artículo 1543 del Anteproyecto de 1882-88, precedente literal del precepto actual. Disponía el primero: " Si cada uno de los co-propietarios de una finca indivisa ha vendido separadamente su parte, puede ejercitar con la misma separacion el derecho de retracto por su porcion respectiva, y el comprador no puede obligarle a redimir la totalidad de la finca. " = García Goyena, F.: *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 420.

Establecía el segundo: "Cada uno de los copropietarios de una finca indivisa, que hubiese vendido separadamente su parte, podrá ejercitar con la misma separación, el derecho de retracto por su porción respectiva, y el comprador no podrá obligarle a redimir la totalidad de la finca." = Lasso Gaité, J. M.: *Crónica ...*, cit., volumen II, p.703.

El motivo de su relación de contigüidad con los artículos 1514 y 1515 reside en el deseo de contraponer las dos diferentes soluciones allegadas para un mismo caso, cual es la enajenación a retro del total de un bien a un único comprador, a partir del contraste entre los mecanismos jurídicos que comportan esa enajenación global, sea la venta conjunta y en un solo contrato de las diversas cuotas, sean las ventas separadas.

Por otra parte, la fórmula utilizada por el artículo 1516 patrio es la que consagra el derecho comparado, como el artículo 1671 del Código Napoleónico, el 1526 del Código italiano de 1865 o el 1508 del de 1942, el 1389 del argentino, el 1542 del venezolano, el § 3910 del portorriqueño o el artículo 1614 del filipino⁹⁵.

Sin embargo, no debemos dejarnos sucumbir ante los estrictos imperativos de la semántica correspondiente a la expresión lingüística consagrada y, por concurrir en el caso idénticas razones y fundamento explicativo, se impone estimar indiferente que todos los condueños hayan enajenado su parte al mismo comprador, o que sólo lo hayan hecho algunos de ellos. En ambos supuestos se aplicará la letra del precepto⁹⁶.

La misma separación entre los contratos de compraventa se aprecia cuando, de tres hipotéticos comuneros enajena cada uno su porción alícuota, que cuando simplemente dos transmiten de manera independiente sus sendas cuotas-parte. La autonomía de las varias ventas es el elemento central del supuesto de hecho, y no altera para nada tal separación la circunstancia de que un porcionero no enajene su particular cuota al adquirente único de las otras. El requerimiento ineludible exigido por el artículo 1514 C. C., que precisa, por su propia configuración, que se venda la entera finca - todas sus cuotas -, no juega en el 1516. No se vende ahora cosa o derecho común, sino cuotas que pertenecen exclusivamente a los diversos enajenantes.

Nos hallamos en presencia de varias enajenaciones parciales de distintas

⁹⁵ Valga, por todos, la transcripción del artículo 1671 del *Code*: “Si la vente d’un héritage appartenant à plusieurs n’a pas été faite conjointement et de tout l’héritage ensemble, et que chacun n’ait vendu que la part qu’il y avait, ils peuvent exercer séparément l’action en réméré sur la portion qui leur appartenait.

Et l’acquéreur ne peut forcer celui qui l’exercera de cette manière, à retirer le tout.”

⁹⁶ En ese sentido, García Cantero, G.: *Comentarios...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 596.

cuotas del bien, efectuadas, por los copropietarios, a un solitario comprador. Se trata de dos o más ventas independientes y desprovistas de relación entre sí. Hay tantas ventas cuantas partes se enajenan, y si a cada una de ellas se le adhiere el pacto de recuperación, de ello se extrae que sobreviene idéntico número de derechos de retracto convencional, derechos de ejercicio separado, tan desligados entre sí como los contratos-base que los acogen. No se crea, por lo tanto, un co-retracto convencional.

Los vendedores no actúan asociados - como en la hipótesis del art. 1514 C.C. -, sino disociados, y no interviene el principio de indivisibilidad intencional presente en aquel caso, del que hablaba Guillaud⁹⁷.

Cada porcionero enajena con la cláusula rescatadora *uti singuli* la parte que le corresponde en la comunidad, luego podrá, si se decide a rescatar, instar la recuperación aislada de su parte, ante lo que no se le permitirá al comprador "obligarle a redimir la totalidad de la finca". El singular retrayente está facultado para resolver su contrato-base sin intervención de los restantes vendedores - titulares de derechos de redención independientes -, con lo que devendría así copropietario con el comprador.

Concorre una serie de enajenaciones con el pacto de redención, que pueden celebrarse simultánea o sucesivamente. La pluralidad de ventas separadas implica, como requisito esencial, que en cada contrato se fije o determine - también de forma separada - el precio de la cuota-parte que conforma su objeto. Ha de existir, por ello, como sostienen Baudry-Lacantinerie y Saignat⁹⁸, un precio especial y separado para cada parte - aun cuando algún autor, caso de García Cantero⁹⁹, no lo estime inexcusable -, mientras que la unidad del precio representa un índice fiable de la conjunción de vendedores. La circunstancia del precio particular es la que decide la sustancialidad diversa de cada enajenación, lo que no impide que dichos precios autónomos puedan resultar coincidentes.

A los distintos contratos de compraventa con la cláusula no se les aplica,

⁹⁷ *Traité de la vente* ..., cit., tomo second, n° 679, p. 220.

⁹⁸ Baudry-Lacantinerie, G. y Saignat, L.: *Traité théorique et pratique* ..., De la vente et de l'échange, troisième édition, n° 661, p. 699.

Análogamente: Hamel, J.: *Traité pratique* ..., cit., deuxième édition, tome X, première partie, n° 195, p. 232.

⁹⁹ *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 596.

pues, la exigencia que alcanza al supuesto contemplado por el artículo 1514, cual la presencia de un solo precio y de unas mismas estipulaciones entre los contratantes, es decir, como explicaba Scaevola¹⁰⁰, “ más que un solo instrumento, un solo contrato, un cuerpo de convenio o concierto sometido a las mismas cláusulas y con idéntica finalidad para los que en él median ”. A propósito del artículo 1516, la independencia de las varias ventas, así como de los varios pactos de rescate, autoriza que se incluyan en los últimos convenciones discordantes, por ejemplo en lo relativo a la faceta temporal: señalamiento de duraciones diferentes para cada uno, la posible introducción de un término dilatorio en alguno y en otros no, etc...

7.3.3.3. Precisiones acerca de la eventual unidad documental:

El artículo 1516 suprime intencionalmente de su seno la referencia “ en un solo contrato ”, que sí aparecía en el 1514, si bien ello no imposibilita que los vendedores opten por enajenar a la vez, separadamente y con precios independientes, en un único y coincidente instrumento. La potencial contextualidad documental no destierra *per se* la pluralidad de negocios jurídicos, aunque pudiera hacer presumir a primera vista una sola venta conjunta. Nada impide, en realidad, efectuar varias ventas disímiles a través de un mismo acto, habida cuenta de que - conforme puntualizó Laurent¹⁰¹ -, lo determinante, en lugar de esa unidad de acto, es la unidad de hecho jurídico. No hay cuestión, en cambio, si las enajenaciones de las diferentes cuotas fueran acometidas por varios contratos sucesivos.

7.3.3.4. La coexistencia del *ius redemptionis* con un retracto legal de comuneros:

Por otra parte, no debe rechazarse de antemano una posible colisión entre derechos de retracto, uno legal de comuneros y otro convencional. Al

¹⁰⁰ Código ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 418.

¹⁰¹ Principes ..., cit., tome vingt-quatrième, troisième édition, n° 414, p. 407.

venderse a retro a un *estraneus* la parte correspondiente a un condómino, les compete a los demás porcioneros el ejercicio del retracto de comuneros, y el reducido plazo de duración de su acción - nueve días contados desde la inscripción de la enajenación en el Registro según reza el art. 1524 C. C - puede ampliarse porque el titular del derecho hubiera tardado cierto tiempo en tener conocimiento de la venta¹⁰². Ergo no se vislumbra ninguna traba para una hipotética coincidencia temporal entre ambos derechos reales - pues en ocasiones puede ocultarse la enajenación -: el de comuneros y el convencional, que se resuelve con la primacía, debido a su origen legal, del primero sobre el segundo, bien que la cuota-parte retraída por los comuneros seguirá, hasta que caduque el término rescatador, sometida a una eventual recuperación por parte de su vendedor, el antiguo condómino.

7.3.3.5. La compatibilidad del art. 1516 con la hipótesis descrita por el art. 1513 C.C.:

En el caso de que todos los comuneros, sin excepción, hayan enajenado su parte, se dará lugar a una provisional extinción del condominio, mas si sólo lo han hecho algunos se producirá simplemente una mudanza desde el punto de vista subjetivo en la comunidad, al integrarse en ella, con las cuotas adquiridas, el comprador.

Ello introduce el pie de nexo para defender que la letra del artículo 1516 no excluye la posibilidad residenciada en el 1513, de suerte que si no se vende la totalidad de las cuotas-partes del objeto indiviso, y el comprador a retro de una o más¹⁰³ de esas cuotas llegara a adquirir la entera cosa en la hipótesis del 404, el último tendría la facultad de resistirse al retracto parcial y podría imponer la redención integral.

¹⁰² Artículo 1524 C.C.

¹⁰³ En nuestro caso, de dos o más.

7.3.3.6. Justificación de la prescripción legal que le impide al comprador a retro oponerse al rescate *pro cuota*. Sentido en que debe entenderse el sintagma “retracto parcial”:

El fundamento de la previsión normativa del 1516 reposa en una razón tanto de justicia cuanto de lógica. Al comprador no le cabrá apelar a la medida coactiva del artículo 1515, sino que cada vendedor deberá rescatar aislada y autónomamente la cuota-parte que enajenó - con absoluta independencia de las demás cuotas que el primero tuviera al adquirir ésta, o hubiera adquirido después -, por más que al hacerlo quebrante una hipotética concentración de todas ellas en poder de aquel comprador, con la única excepción de que dicha reunión obedezca al supuesto del artículo 1513. A la separación en las ventas se le asocia idéntica separación en el ejercicio retractual. Los efectos son tales como si se tratara, no sólo de cuotas-parte distintas, sino de fincas diferentes.

El comprador que ha consentido estas varias ventas parciales carece del derecho a rechazar el rescate *pro cuota*, pues no prospera la pretensión - siempre que hubiera logrado la obtención de la entera cosa por medio de la adición de ventas de las diferentes cuotas - de que deseó la adquisición de la *res* en su integridad: no puede aducir que adquiriera el bien como un todo homogéneo¹⁰⁴, a fin de poseerlo indivisamente. Si el comprador ha adquirido porciones cuya acumulación formaba un todo en su mano, cada una de las cuotas componía el objeto de un contrato-base particular y diferenciado, por lo que aquél debe sufrir hacia cada uno de sus vendedores la ley de su contrato. En la hipótesis del artículo 1516 no existe un interés jurídicamente tutelado del comprador a la adquisición - y mantenimiento - de la cosa en su integridad.

No puede el comprador quejarse de un estado de comunidad que no le viene impuesto, sino que aparece como el resultado de su propia acción. Atendida la desconexión reinante entre las varias compraventas, el comprador se hallaba en grado de vislumbrar que, en el futuro, se pudiera encontrar en comunión con alguno de los enajenantes. Debía haber previsto que a la

¹⁰⁴ Como un “cuerpo indivisible”, en palabras de García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 420.

expiración de los diversos términos rescatadores, de alguna o algunas de las cuotas fuera privado.

A partir del tendencial favor que alberga el ordenamiento hacia la figura del vendedor, no puede por menos de afirmarse que la negativa o rechazo *ex parte emptoris* a someterse al retracto *pro cuota* sólo sea tolerable ante el concurso de una cláusula apuesta, que condicione la eficacia de cada acto de rescate al empleo de los restantes derechos de redención por los otros vendedores.

En recto sentido, cada vendedor no ejercita un retracto o recuperación parcial, puesto que, aunque evidentemente no rescata sino su cuota, la coexistencia de un conjunto de ventas diferenciadas de las varias partes provoca que el retracto utilizado contra cada cuota sea total, es decir, que cada vendedor redima *pro integro* su porción. Sólo resulta parcial el rescate si se contempla, al margen de la concreta y particular venta que se analice, la dimensión de su objeto respecto a la entera cosa.

7.3.3.7. Inadmisión *a priori* del retracto por uno de los vendedores de toda la cosa. Excepciones:

La autonomía de cada venta en relación con las demás excluye, en principio, que un singular enajenante pueda pretender rescatar el bien en su integridad, incluso si existiera para ello el consenso del comprador y la inercia o la renuncia de los restantes vendedores, esto es, ni siquiera cuando los demás no intentaran hacer uso de su privativos derechos retractuales, toda vez que estos derechos se presentan como desligados por completo de la enajenación efectuada por aquél. Merced a que falta todo nexo entre los distintos retrayentes, que no son co-retrayentes, ni aun el silencio o la abstención de algunos permite legitimar a otros a actuar en nombre de una comunidad que no se halló presente, como tal, en el instante del nacimiento de los varios *ius redemptionis*.

Sólo le asistirá a uno de los vendedores la facultad de ejercitar el retracto por el todo en dos contadas ocasiones: sea en caso de solidaridad activa entre

los enajenantes, sea en virtud de un mandato que le hubiera sido concedido a este efecto. Si, a falta de la primera, el concreto redentor tampoco cuenta con tal concesión de poder de los demás vendedores, entonces la eventual restitución que el comprador realizara del íntegro bien en favor de aquél, simplemente sería rescate por la cuota-parte que el mismo en su día le hubiera enajenado a dicho comprador, y por las restantes cuotas - hasta completar la totalidad del bien - se tendría una venta, una verdadera y propia enajenación en favor del accionante, con los efectos del artículo 1510 C.C. Por lo tanto, los restantes titulares retractuales podrían redimir, en tiempo hábil, sus respectivas cuotas, de manos de aquel otro rescatador.

7.4. Legitimación pasiva plural (art. 1517 C. C.):

7.4.1. Órbita de actuación del artículo:

El artículo 1517, 1 C. C., con reincidencia en el ánimo casuista de los preceptos que le anteceden, se refiere a un supuesto de cotitularidad en el sujeto pasivo del retracto convencional, aunque de forma directa sólo contempla la hipótesis de que semejante legitimación pasiva plural sea sobrevenida, y además en razón de la sucesión *mortis causa*. Se practica la venta de toda la cosa al *de cuius*, que muere dejando varios herederos, quienes en pago de su herencia se adjudican o pueden adjudicarse porciones indivisas del bien afecto al rescate.

El enunciado normativo parte de que el comprador único “dejare varios herederos”, lo cual constituye por lo demás un plausible logro gramatical que pone fin al empleo del adjetivo “muchos” - utilizado por el artículo 1446 del Proyecto de 1851¹⁰⁵, y que hogaño se recoge, verbigracia, en el 1390 del Código argentino - , reintroduciendo el modelo diseñado por el 1130 del Proyecto de Cambrónero¹⁰⁶ - luego seguido por el 1544 del Anteproyecto de

¹⁰⁵ : “ Si el comprador ha dejado muchos herederos, la acción de retracto no puede ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos.

Pero si se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha adjudicado a uno de los herederos, la acción de retracto puede intentarse contra él por el todo.”= García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 420.

¹⁰⁶ : “ Si el comprador hubiese dejado varios herederos, la acción de retroventa no podrá ejercer contra cada uno de ellos sino en razón de su parte, ya esté proindiviso la cosa vendida, ya se haya hecho partición de ella entre los herederos; pero si hecha la división de la herencia hubiera cabido en suerte la cosa vendida a uno de los herederos, la acción de retroventa podrá intentarse contra él en su totalidad.”= Lasso Gaité, J. F.: *Crónica* ..., cit., p. p. 219 y 220.

1882/88 y, posteriormente, por el 1543 del texto venezolano, el § 3911 del portorriqueño o el 1615 de Filipinas -, puesto que, como tuvo ocasión de reseñarse con antelación, el término “muchos” procedía de la desafortunada traducción de las formas “*plusieurs*” o “*più*” de sus antecedentes legales francés e italiano, respectivamente¹⁰⁷. Basta que existan dos o más herederos, según reconoce con elogiada precisión el artículo 1751 del Código uruguayo¹⁰⁸.

Es doctrina pacífica¹⁰⁹ la que sanciona la extensión de la disciplina normativa del art. 1514 C. C. - no necesariamente referida a la acción de rescate, sino también al empleo extrajudicial del *ius redemptionis* - a otros casos posibles en los que se advierte esa pluralidad de sujetos gravados con el retracto. El perfil técnico-formal del precepto es aplicable, por ello, además de a los causahabientes a título universal del comprador único, a todas aquellas personas que hubieran adquirido en común el bien sometido a la cláusula rescatadora, ya directamente del vendedor primitivo - que sería el supuesto canónico: sujeto pasivo plural *ab initio* -, ya, con posterioridad, de manos del inicial comprador - por transmisión *inter vivos* del dominio de la cosa -, ejemplo en que a una legitimación pasiva inicial única sobreviene otra colectiva. Dicho de otra manera, cuando la cosa se hubiera vendido a retro a una pluralidad de personas, o cuando el primer y solitario adquirente hubiera vendido - o donado -, en parte o en su totalidad, la *res* a varios sujetos de forma conjunta o, lisa y llanamente, cuando hubiera cedido a un extraño una parte indivisa.

7.4.1.1. Los términos más generales empleados por su concordante navarro:

A este respecto, la ley 580, 2 de la Compilación Navarra, se muestra

¹⁰⁷ Artículos 1672 del *Code*, 1527 del *Codice* de 1865 y 1509 del de 1942.

¹⁰⁸ : “Si el comprador ha dejado ~~dos o más herederos~~, la acción del vendedor no puede ejercitarse contra cada uno, sino por su parte respectiva, bien se halle indivisa la cosa vendida, o bien se haya distribuido entre los herederos.

Pero si se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha adjudicado a uno de los herederos, la acción del vendedor puede intentarse contra él por el todo”.

¹⁰⁹ *Vid.*, p. ej., García Cantero, G.: *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 597.

Mantiene una opinión contraria, en solitario, Badenes Gasset, R.: *El contrato* ..., cit., tomo II, 3ª edición, p. 894.

semejante al artículo 1517, 1 C. C., pero con mayor amplitud en la descripción del supuesto de hecho, pues dispone que si la cosa objeto del retracto perteneciera a varias personas - sin mayores precisiones, es decir, sin constreñirse a la pluralidad de corte sobrevenido de sujetos pasivos -, el mismo podría ejercitarse contra cada una de éstas por su parte.

El derecho del comprador - el dominio - puede transmitirse mediante la consumación del pertinente negocio, y la circunstancia última de que en el emplazamiento jurídico suyo subentren los varios copropietarios actuales del bien, no representa una mensurable agravación de la posición del vendedor.

7.4.2. La referencia a la “cosa vendida”:

A propósito de la aplicabilidad de la letra de este artículo a cualquier tipo de objeto - mueble, inmueble o semoviente -, obran todos los argumentos expuestos en epígrafes previos. Si se desembocaba, verbigracia, en esa conclusión en relación con los artículos 1513, 1514 y 1515, que aludían a “la finca”, *a fortiori* debe colegirse de presente idéntico desenlace, pues la redacción del 1517, 2 C. C. acude a la genérica expresión “cosa vendida”. Incluso un autor significado por su belísono y frontal rechazo - Badenes Gasset -, sin paliativos, a la aplicación del pacto rescatador a los bienes muebles al hilo de los artículos inmediatamente anteriores al presente, reconsidera su tesis al comentar el 1517, y concluye postulando su inequívoca compatibilidad con las cosas de naturaleza mueble¹¹⁰.

7.4.3. Contra quiénes y en qué modo se ha de ejercitar el rescate:

El artículo en análisis, en su primer párrafo, declara que “si el comprador dejare varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos”. Pues bien, la cabal elucidación de la cuestión referente a contra quiénes y en qué manera se debe intentar el derecho de rescate, hace

¹¹⁰ Badenes Gasset, R.: *El contrato...*, cit., tomo II, 3ª edición, p. 894.

indispensable la exacta fijación del momento en que se utiliza el poder redentor, así como la precisión del estado de la cosa entonces - esto es, la situación en que los herederos o compradores se encuentran respecto a la misma -.

7.4.3.1. La etapa preparticional:

En la fase preparticional, la prescripción contenida al inicio del párrafo transcrito desconoce, como con sobrada razón manifiesta De Cossío y Corral¹¹¹, la verdadera naturaleza de la comunidad hereditaria, y en un inopinado e insólito tenor propone el ejercicio de la redención contra cada heredero por su parte respectiva.

En primer lugar, y según constata el reputado jurista, “ durante el período en que la herencia permanece indivisa a ninguno de los herederos corresponden partes sobre los bienes concretos que integran la herencia, sino tan sólo partes sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en cuanto se ignora hasta que se lleve a cabo la partición del caudal, a cuál de los herederos habrá, en definitiva, de corresponder cada uno de sus bienes¹¹²”. Durante el curso de la comunidad, ningún bien pertenece a los coherederos, ni siquiera por la respectiva cuota hereditaria estipulada en favor de cada uno.

En lógica consecuencia, el recto sentido de la norma ha de reconducirse a que el retrayente haya de proyectar su derecho sobre la totalidad, mediante la oportuna demanda dirigida contra la herencia indivisa¹¹³ - o comunidad hereditaria, que empieza con la muerte del causante y termina con las adjudicaciones del haber de cada uno - representada por las personas de todos y cada uno de los herederos, sin perjuicio de que la cosa le resulte entregada en su día por aquel al que se le atribuya luego de efectuarse la partición. O, si se prefiere, tal y como precisan Díez-Picazo y Gullón, “ el retracto debe dirigirse contra todos, pero no demandando de cada uno de los coherederos más que su parte, es decir, la que tenga en la comunidad

¹¹¹ *Instituciones...*, cit., tomo I, 2ª edición, p. 556

¹¹² De Cossío y Corral, A.: *Instituciones...*, tomo I, 2ª edición, p. 556.

¹¹³ *Ídem*, p. 556.

hereditaria¹¹⁴ ". Se solicita la emisión de una sentencia que se haga efectiva tras la partición, porque antes de ese instante no se habrá retraído de la masa de la herencia la cosa retraída, y cada llamado a aquélla se introduce en las singulares relaciones patrimoniales del difunto *pro parte*.

Tan sólo una vez practicada la partición se podrá ejercitar el rescate en la manera prevenida en el artículo 1517, 1 C. C., y dirigir el *ius redemptionis* directamente contra los herederos a quienes se les adjudique la cosa, en proporción a su respectiva cuota-parte del bien indiviso. Se atiende - refiere con clarividencia García Cantero¹¹⁵ - a la conciliación del derecho que le asiste al vendedor al retracto parcial, con la esencia propia de la comunidad hereditaria, puesto que si se debiera aguardar a que ésta feneciera por la partición para recurrir al rescate, uno podría toparse con la caducidad de la facultad redentora.

7.4.3.2. La etapa postparticional:

7.4.3.2.1. El bien se adjudica en proindivisión a dos o más herederos:

El párrafo 1º *in fine* del artículo 1517 contempla el estado de indivisión del objeto retraíble entre los herederos, pero ya en la fase postparticional, supuesto al que resulta asimilable en su integridad el caso de pluralidad de compradores de la cosa única en proindivisión. Se ha realizado la partición, con el resultado de la atribución del bien a dos o más - algunos o todos - de los herederos mediante simple fraccionamiento intelectual, por cuotas-parte, indivisión que no se observará si la cosa hubiera sido adjudicada por entero a uno solo de ellos, ni tampoco cuando lo fuera a todos o a algunos a través de la partición física o material del bien.

El precepto, partiendo del carácter divisible del retracto convencional, también desde el lado pasivo, prevé el ejercicio individual contra cada

¹¹⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, 1ª edición - de 1973 -, reimpresión, Madrid, 1974, p. 463; hoy, en el volumen I/2, 2ª edición, Madrid, 1998, p. 251.

Después, los mismos autores, en el *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 1ª edición, Madrid, 1976, p. 248; en la 7ª edición, Madrid, 1995, p. 323.

¹¹⁵ *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 598, nota 25.

heredero - o comprador-, ahora comunero que disfruta de un derecho de copropiedad sobre la cosa, del poder de redención por su porción respectiva. Además, al ser la acción recuperadora una acción real, no cabe intentarse legal y útilmente sino frente al poseedor y por la parte que posee. Y los sujetos pasivos no tienen asignado el derecho de imponerle al titular rescatador el retracto *pro solido*, salvo que en consideración a la índole dispositiva de la norma, desprovista del rango de orden público, se derogue su letra por un acuerdo privado. Así, por ejemplo, son de indisputable recibo las estipulaciones o convenios *inter partes* encaminados a que al vendedor sólo le corresponda el ejercicio del derecho redentor respecto a todos los compradores a través de una reclamación conjunta - o que en una cláusula apuesta al contrato-básico se acuerde lo propio para la hipótesis de que fallezca el comprador dejando varios herederos -, con expreso rechazo de la posibilidad de un rescate *pro parte*; o bien que se convenga que uno de ellos asuma la representación de los demás a fin de facilitar la referida reclamación, porque en estos pactos no se descubre perjuicio para tercero.

En resumidas cuentas, se concibe la alteración de esa regla del artículo 1517, 1 C. C., en sentido concordante con la prescripción general del 1257, 1, al objeto de mantener el derecho de retracto convencional en toda su integridad. Naturalmente, el mismo argumento que obliga a concluir que el vendedor podrá ejercitar el rescate por entero sólo si lo conviniera con todos los potenciales sujetos pasivos, es aplicable, en escala reducida, al supuesto en que el acuerdo *expressis verbis* se lograra sólo con algunos de ellos pero no todos, y, entonces, le sería posible la redención unitaria de las cuotas de los comuneros conformes.

Si el vendedor, en uso de la facultad que se le atribuye, empuña el retracto de una sola - o de varias - de las singulares partes, y no de las demás, accederá a una situación de comunidad junto con los restantes condóminos - los coherederos o cocompradores no afectados -, sin que, reitero una vez más, éstos puedan instarlo a que recupere al mismo tiempo, asimismo, sus cuotas. Un estado comunitario, de indivisión, que en el caso de los herederos ya no es auspiciado por la muerte del *auctor successionis*; antes

bien, deriva del convenio de los interesados al hacerse las adjudicaciones. Y si se tratara de pluralidad de compradores, la entrada del vendedor retrayente en comunidad con los adquirentes cuyas cuotas no recupere, no genera *ex novo*, en menoscabo de éstos, un condominio no deseado, porque es lo cierto que semejante indivisión se alumbró no bien se enajenó una misma cosa a varias personas.

Ello entronca de pleno con lo dispuesto en el artículo 393 C. C. El concurso de los partícipes - reza -, así en los beneficios o derechos como en las cargas u obligaciones inherentes a la comunidad, será proporcional a sus respectivas cuotas¹¹⁶, de modo que cada uno de ellos - compradores o herederos - sólo soportará el rescate *pro parte*, por la exacta porción que le corresponda sobre *la res vendita*.

Se encuentra también en consonancia con el tenor esculpido por el artículo 1137 C. C., conforme al que la presencia de dos o más acreedores, o de dos o más deudores, en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos haya de prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. La responsabilidad de cada uno de los herederos del comprador - o de los compradores -, respecto al rescate, es mancomunada, a excepción de que por medio del pertinente convenio se patentice su constitución con el carácter de solidaria. Ellos son los deudores del retracto, y no deben padecer íntegramente éste, sino sólo por la parte de interés que representan en la obligación.

Desde el punto de vista procesal, aunque la acción se dirija contra cada comunero por la participación concreta - ya sean las diferentes partes iguales o desiguales - que ostenten en la comunidad¹¹⁷, ello no es óbice para que se produzca - o pueda producirse - la acumulación de las acciones individuales en un solo procedimiento.

De la circunstancia de que el rescate, mientras dure la indivisión, deba blandirse separadamente contra cada uno de los coherederos o coadquirentes, se sigue que el término retractual corre, asimismo, de forma autónoma

¹¹⁶ Con el precedente del *Código de Justiniano* (4, 16, 2).

¹¹⁷ Si se trata de los herederos, siendo los adjudicatarios de la cosa todos o algunos - dos como mínimo -, y háyase distribuido o no ésta entre los mismos, la acción resulta ejercitable contra cada uno por su parte respectiva en el bien.

respecto a cada cuota-parte y a su correspondiente titular. El vendedor sólo recupera las cuotas de aquellos frente a los que actúe dentro del período hábil, y, luego de la expiración del plazo, no puede ya reclamar nada contra los que no hubiera procedido de antemano. Esto es, si no se utilizara el rescate sino contra alguno o algunos de los sujetos pasivos, la consunción del término haría este ejercicio imposible por las partes de los otros.

El uso del poder redentor respecto a los actuales copropietarios del bien - coherederos o sucesores a título individual del comprador único - sitúa a cargo del retrayente la carga de escudriñar quiénes son esos cotitulares y la cuantía de las diversas cuotas.

Siempre que el rescate se ejercita parcialmente, el importe de las restituciones que el redentor acomete ha de manifestarse proporcional a la cuota retraída, en directa comparación con el que hubiera sido debido a causa del empleo integral del retracto. Si el vendedor utiliza el *ius redemptionis* contra un heredero del comprador, tras haberse realizado la partición y adjudicado el bien en proindiviso a varios de ellos - y mientras dure tal indivisión -, debe hacerle los desembolsos especificados en el artículo 1518 C. C., en la exacta medida de la cuota-parte por la que ha sucedido al original adquirente¹¹⁸.

En sentido inverso, razona Gasca¹¹⁹, si el retrayente tiene derecho a la percepción de una indemnización por deterioro o perecimiento de la cosa, sea consecuencia del hecho del comprador, o del hecho común de los herederos de éste, también podrá dirigirse contra los singulares coherederos en proporción de su particular cuota, reclamando a cada uno de ellos una parte de la indemnización; en cambio, si el deterioro o destrucción de la cosa responde al hecho de uno solo de los herederos, la susodicha reparación - agrega el tratadista italiano¹²⁰ - no puede ser solicitada sino a él, puesto que únicamente él resulta responsable al no tratarse de obligación naciente de la cualidad hereditaria, sino de obligación personal.

Mas si, en razón de la partición hereditaria, el bien hubiera resultado fraccionado, y colocado por partes materiales, acaso desiguales, en los lotes

¹¹⁸ Que es la cuota-parte de que disfrutara *ab initio* si se tratase de una pluralidad de compradores.

¹¹⁹ *Trattato della compra-vendita...*, cit., seconda edizione, volume secondo, n° 1473, p. 1083.

¹²⁰ *Idem*, n° 1473, p. 1083.

de dos o más herederos - así como cuando la partición deja paso a la constitución de una comunidad sobre la *res vendita* a la que, después, por consecuencia del recurso a la *actio communi dividundo* se le pone fin -, será precisa, como señalan Baudry-Lacantinerie y Saignat¹²¹, una “ *ventilation* ” u operación de tasación de parte de una cosa en relación con el valor global de toda ella, con vistas a determinar la porción de los estipendios debidos por el vendedor a aquel de los herederos - en la actualidad propietario privativo de la fracción que le hubiera tocado en suerte en la división física de la finca - contra quien ejercitara parcialmente el rescate.

Como se ha expresado con anterioridad, y conviene en este instante abundar en ello, al titular retractual le cabe, a voluntad, y háyase verificado o no la partición hereditaria, el ejercicio parcial o integral del rescate. Y los compradores - o coherederos - cuyas cuotas-parte no reciban la redención no poseen el derecho de compeler a aquél para que, simultáneamente a semejante recuperación primera, o en una fase posterior, se decida a recuperar tales restantes porciones.

Haciendo frente al parecer normativo residenciado en el 1517,1 C. C., se ha reaccionado contra esa imposibilidad de imposición al vendedor de la redención integral o *pro solido*, recurriendo para ello a la semejanza o paralelismo con la solución acogida, en sede de venta conjunta de cosa indivisa, por los artículos 1514 y 1515. Si ahí, el comprador único podía constreñir a los vendedores, o a los herederos del vendedor en su caso, a la utilización del retracto por entero, no se acierta a comprender por determinado sector doctrinal el motivo por el cual, del mismo modo, no debería serle concedido idéntico derecho a los compradores, o a los herederos del comprador, en pro de la reivindicación de un rescate total. Y, en atención a ello, se califica a la negativa a la admisión de semejante derecho en favor de los legitimados pasivos, de discutible o, incluso - como piensa Luzzatto¹²² -, *contra tenorem rationis*.

Este jurista examina, en primer término, el supuesto relativo a la copropiedad constituida entre los herederos del comprador, a partir de una

¹²¹ *Traité théorique* ..., cit., De la vente ..., troisième édition, n° 669, p. 704.

¹²² *La compravendita*, cit., p.470.

venta de toda la cosa realizada al *de cuius*, para, posteriormente, extender el resultado deducido a la hipótesis de pluralidad inicial de compradores. A su juicio, el artículo - 1509 del Código Civil italiano de 1942¹²³, concordante con nuestro 1517 - incurre en un olvido poco oportuno, y supone la inversión de la postura adoptada con anterioridad, a resultas de la variación en los sujetos a que concierne la copropiedad de la cosa; es decir, el criterio normativo se apoya en el hecho de que en los preceptos 1507 y 1508 italianos - nuestros 1514, 1515 y 1516 - se contempla una facultad de retracto existente a favor de los condóminos, mientras en el 1509 transalpino - 1517 patrio - se asiste a un rescate contra los copropietarios, lo cual no habría debido conducir a tan profunda diversidad de conclusión¹²⁴.

Si, al menos, sigue argumentando, se interpretara la disposición en análisis en el sentido de que, acometiendo una pluralidad de rescates, el vendedor debiera retraer todas las cuotas, aunque dividiendo el precio y los otros reembolsos procedentes entre los distintos herederos, la carencia de armonía del artículo 1509 - y su trasunto hispano, el 1517 - con los preceptos que le anteceden sería menos grave, ya que se llegaría a una recuperación, aunque fraccionada, por la totalidad, lo que supondría una solución lógica¹²⁵.

Se basa Luzzatto en la contemplación de la venta de un objeto como un todo, como ocurría en el artículo 1507 italiano - entre nosotros, el 1514 -, que daba origen a un rescate del objeto mismo, también como un todo, y que movía al legislador a conceder al comprador único la facultad de imponer una redención global, plasmada en el 1507, 3 transalpino - 1515 español -. La admisión de un retracto de cuotas - entiende - es la deformación de la unicidad del contrato originario, la perversión del pacto de redención, que se refería a la cosa físicamente considerada. En consecuencia, al vendedor no le es dable modificar el contenido de la cláusula rescatadora ejercitando, en lugar del retracto de la *res vendita*, el retracto sobre objetos diferentes, sobre

¹²³ : “ = *Riscatto contro gli eredi del compratore* . - Qualora il compratore abbia lasciato più eredi, il diritto di riscatto si può esercitare contro ciascuno di essi solo per la parte che gli spetta, anche quando la cosa venduta è tuttora indivisa.

Se l'eredità è stata divisa e la cosa venduta è stata assegnata a uno degli eredi, il diritto di riscatto non può esercitarsi contro di lui che per la totalità. ”

¹²⁴ Luzzatto, R.: *La compravendita*, cit., p. 469.

¹²⁵ Luzzatto, R.: *La compravendita*, cit., p. p. 469 y 470.

las cuotas de los copropietarios, por lo que el artículo 1509 italiano - nuestro 1517 - alcanza la categoría de aberrante, al preconizar la sustitución del bien por tales cuotas de los singulares condóminos. No le cabe al vendedor, pues, prescindir de utilizar esta facultad sobre la entera cosa¹²⁶.

Se adscribe, además, como final argumento, a la comparación entre los dos párrafos del artículo 1509 italiano - coincidentes con los dos de nuestro 1517 -. Si el segundo de ellos admite, según se analizará a continuación, el retracto de la cosa íntegra cuando haya sido asignada a uno de los herederos, de ello se infiere con mayor razón - fundamenta el jurista italiano - que, en la hipótesis del primer párrafo, el vendedor debe proyectar el rescate sobre todas las cuotas. El copropietario al que se le ha atribuido la totalidad del bien es, o puede ser, por la parte de los otros condóminos, un adquirente a título particular; entonces, *a fortiori*, el vendedor ha de proceder al rescate del conjunto de cuotas, es decir, del entero bien, cuando, perdurando la indivisión o habiendo sido la cosa dividida *in natura*, él se encuentra frente a los sucesores universales de su comprador, en esta sola cualidad¹²⁷.

Semejante postura de Luzzatto merece una pausada revisión. En primer lugar, en homenaje al silencio legal. Si el precepto hubiese querido conceder a los herederos del comprador, o a los compradores, el cuestionado derecho de imponer la redención conjunta, lo habría declarado así, de forma expresa, como no ha dejado de proclamarlo en el artículo 1515 C. C. - el 1507, 3 italiano - frente a los varios herederos del vendedor o a los varios vendedores. El mutismo normativo posee un significado y alcance que parece desmontar el argumento propuesto.

En segundo término, si aquel que ha comprado en solitario de varios vendedores conjuntamente, o de un único vendedor sustituido más tarde por varios herederos, se muestra autorizado a repudiar el padecimiento de un rescate parcial, ello se apoya en que él ha tenido la intención de conservar entera la cosa que adquiriría, pues contempló el objeto de la venta como indivisible. Pero dicha circunstancia no resulta aducible cuando varios compradores hubieran adquirido el bien en común, habida cuenta de que la

¹²⁶ *Ídem*, p. p. 470 y 471.

¹²⁷ Luzzatto, R.: *La compravendita*, cit., p. 471.

comunidad existente entre ellos es de suyo necesariamente temporal y sujeta a finalización, de forma que cada uno acabe por recibir parte de la cosa común, salvo que la naturaleza y el destino del fundo sean tales que no pueda servir más que por entero y no se preste al fraccionamiento.

La presencia de esa pluralidad de compradores mueve a descartar que hayan contemplado la finca como indivisible, desde el momento en que cada uno de ellos, a pesar de los demás, se halla investido del derecho a ejercitar la *actio communi dividundo*, y no le vincula ninguna obligación a permanecer en la comunidad. Se colige, por lo tanto, que el titular retractual podrá rescatar la cuota-parte - si obra antes de la división - perteneciente a un sujeto pasivo, o la porción material correspondiente al mismo - si actúa la redención luego de la división -, y renunciar a recuperar las demás. No cabría aquí hacer valer la tesis de que ellos sólo han comprado el bien para poseerlo por entero, toda vez que no siendo ninguno de los mismos propietario por el todo, no han adquirido en principio más que para dividir *a posteriori*.

De tratarse de varios herederos de un mismo comprador, aun dado que éste considerara como indivisible el bien, tal concepción suya carece de cualquier valor, porque la apertura de su sucesión en favor de dos o más personas conlleva que cada una de ellas disfrute del derecho a pedir la división. El derecho de retracto convencional sobre el bien aparece ya directamente limitado, respecto de cada heredero, en función de las distintas cuotas hereditarias.

7.4.3.2.2. La atribución del bien a uno solo de los herederos:

Si se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha asignado a uno solo de los herederos, el párrafo segundo del artículo 1517 C. C. establece que la acción de retracto « podrá » intentarse contra él por el todo.

Entonces, las dificultades procesales se difuminan, ya que el derecho de rescate, así como la connatural acción, habrán de dirigirse contra el único adjudicatario del bien. La acción de recuperación es de naturaleza jurídica real,

y persigue el bien en poder de quien se halle, por lo que deberá promoverse frente al mentado heredero que, amén de haberla adquirido con la plenitud de afecciones que sobre la misma pesaren, sucede al causante en todas sus obligaciones, al igual que en las facultades que no atesorasen la estimación patente de personales.

No obstante, surge una controversia en lo relativo a la interpretación de tales últimas palabras del precepto: "podrá intentarse contra él por el todo". Dado que no se emplea el futuro imperfecto del verbo deber, y la imperatividad que comporta, sino que se apela a esa fórmula encarnada en el verbo poder, la discusión se centra en resolver si se demuestra factible que contra el mismo se inste una redención *pro parte*, es decir, si se le otorga al titular retractual la posibilidad de reclamar el todo o una parte de la cosa, postura que apadrina Albácar López ¹²⁸.

Entiendo que esa tesis se revela incorrecta, por cuanto se precisa, en todo caso, el ejercicio frente al adjudicatario del rescate integral.

Si nos encontramos en el supuesto directamente contemplado por la norma - comprador único a quien suceden *mortis causa* los herederos, que culmina con la atribución integral vista en favor de uno de ellos -, no procede la admisión de la facultad, en manos del vendedor, de una recuperación parcial, a pesar de la poco agraciada fórmula legal.

En primer término, cabe cimentar la negativa en consideración al principio de la retroactividad de la división, en virtud del cual se contempla al heredero adjudicatario como propietario único de la entera cosa desde la apertura de la sucesión, de igual forma y manera que si él hubiera sido el solitario adquirente *ab initio*. Se reputa que ha sucedido o sustituido por completo al *de cuius* - sin compartir ni su carácter ni sus atribuciones con ninguno de los demás coherederos - para todos los efectos comprendidos en su lote, en el que se incluye - sólo o con otros - el bien comprado en su día a retro, y deviene único dueño o titular de la propiedad resoluble de él, según declara el artículo 1068 C. C. En suma, el retracto se recompone en una entidad unitaria, que tiene a partir de entonces por objeto la integridad de la cosa.

¹²⁸ Código Civil..., cit., tomo V, 1ª edición, p. 414.

En segundo lugar, se localiza también la imposibilidad del retracto parcial en la no imponibilidad de un estado de comunidad no preexistente, por lo general poco ventajoso. Si el vendedor utilizase un rescate parcial, ello se demostraría lesivo de la reunión, con carácter originario, del íntegro bien en manos del adjudicatario.

Esa presunta facultad del titular de la redención decae desde el preciso instante en que, *hic et nunc*, se persigue salvaguardar, junto al interés del vendedor en elegir entre el rescate de una o algunas solamente de las cuotas de la cosa, o el retracto en globo de toda ella, materializado en el párrafo primero del artículo 1517, también el interés del adjudicatario, que se convierte en ostentador en exclusiva de la titularidad del bien, contra quien el *ius redemptionis* será necesariamente ejercitado - asimismo en exclusiva - por la totalidad.

Por otra parte, si se trata del caso de pluralidad inicial de sujetos pasivos del rescate - varios compradores del bien en proindivisión de forma conjunta -, se aplica idéntica solución a la defendida para el supuesto de que la pluralidad obedezca a una razón sobrevenida.

Si después de la división de la comunidad de bienes, la cosa resultara atribuida a uno de los integrantes del condominio, el retracto habría de ser ejercitado por la integridad del objeto. La persecución del único adjudicatario por el todo se justifica por causa del desdoblamiento que, en sentido abstracto, recoge su posición jurídica: por su cuota-parte inicial, en tanto comprador, y por las cuotas-parte de los otros, como titular de estas mismas partes.

Además, goza de acomodo, por analogía, la *ratio iuris* esgrimida por el artículo 1513 C. C. - conforme al cual, si el comprador a retro de una parte de finca indivisa, a consecuencia del proceso iniciado con la utilización de la *actio communi dividundo*, se torna adquirente de la totalidad de la cosa, puede obligar al vendedor a redimir el íntegro bien -, supuesto normativo que, con el que se está estudiando, comparte identidad de razón.

CAPÍTULO VIII:

PRESUPUESTOS DEL RETRACTO:

8.1. Ideas generales:

El ejercicio del derecho de retracto convencional se compone de dos elementos constitutivos, unidos en una secuencia lógica, igualmente indispensables para la virtualidad redentora de la operación. Por un lado, la primera pieza de una figura compleja, su integrante inicial: la declaración emitida por su titular, destinada a poner en marcha el mecanismo recuperador, y, por otro, como requisito concurrente externo, la realización de los desembolsos requeridos, desglosados en los artículos 1507 y 1518 C. C., presupuestos materiales del recobro. Estos abonos dotan de eficacia real a la declaración y completan el supuesto de hecho de la condición resolutoria simple - o moderadamente - potestativa que entraña el derecho de rescate¹.

La verificación de la condición no depende exclusivamente de la voluntad o el deseo del vendedor, puesto que el derecho de retracto habrá de actuarse dentro del término, legal o convencionalmente fijado, de caducidad, que se topa con el límite máximo de la década. Ni los jueces, ni el comprador pueden conceder al vendedor un nuevo plazo para ejercitar el rescate; una convención en este sentido no supondría sino una simple promesa de venta. Y además, conforme a lo reseñado en el artículo 1518, para que el vendedor pueda hacer uso del poder de recuperación, tendrá que efectuar oportunamente los abonos debidos.

Tan pronto como se satisfacen estas cantidades, el retrayente se convierte de nuevo en titular de la cosa, recobra su dominio, y se halla en disposición de reclamar el bien de manos de cualquier poseedor a través de la acción reivindicatoria.

¹ *Vid.*, la S.T.S. de 28 de diciembre de 1984 - considerando tercero de la primera Sentencia -.

8.2. La previa declaración: caracteres:

La declaración supone un acto jurídico unilateral, dependiente de la simple y exclusiva voluntad del redentor, sea el originario vendedor o un derechohabiente (heredero o cesionario)², y participa de carácter recepticio. El titular retractual no quedaba en absoluto obligado a utilizar el rescate ni, por lo mismo, a devolver el precio³. La declaración, por lo demás, comporta la resolución del contrato-cimiento, y no el advenimiento de un nuevo contrato.

La declaración de voluntad, que puede ser en principio extrajudicial, no se ve constreñida por la necesidad de una forma especial, por lo que se aplica el artículo 1278 C.C. Es más, aun cuando en el contrato-básico se requiriera una determinada formalidad por conveniencia o mandato legal, no se precisa la misma para la referida comunicación. Por ende, dicho mensaje jurídico cabe plasmarlo en la forma documental, por medio de escrito público o privado, o proceder sólo a emitirlo verbalmente.

En el derecho comparado, el § 491, 1 *in fine* B.G.B.⁴ determina a este respecto, con expresión tajante, que la declaración no necesita de la forma establecida para el contrato de venta. Por el contrario, el artículo 930⁵ del Código Civil portugués vigente no admite como medio de resolución la mera declaración a la otra parte. Debe hacerse por medio de notificación judicial al comprador dentro del término retractual. Y si el bien es inmueble, urge el otorgamiento de escritura pública en el plazo de quince días a contar desde la notificación, so pena de caducidad del *ius redemptionis*. En Italia, el artículo 1503, 3⁶ prescribe que, si la cosa es raíz, la declaración debe ser hecha por escrito bajo sanción de nulidad.

En caso de oposición o carencia de acomodación del sujeto pasivo a lo

² Ss.T. S. de 25 de abril de 1992 - fundamento de derecho cuarto - y 17 de marzo de 1997 - fundamento de derecho segundo-.

³ Rs. D.G.R.N. de 29 de septiembre de 1927 - considerando primero- y 5 de junio de 1991 - fundamento de derecho cuarto-.

⁴ : " La declaración no necesita la forma determinada para el contrato de compraventa. " = *Código Civil Alemán*, traducción por C. Melón Infante, cit., p. 101.

⁵ : "A resolução é feita por meio de notificação judicial ao comprador dentro dos prazos fixados no artigo antecedente: se respeitar a coisas imóveis, a resolução será reduzida a escritura pública nos quinze dias imediatos, com ou sem a intervenção do comprador, sob pena de caducidade do direito. "

⁶ : " Nella vendita di beni immobili la dichiarazione di riscatto deve essere fatta per iscritto, sotto pena di nullità. "

extrajudicialmente requerido, la declaración de voluntad formalizadora del rescate habrá de revestir la apariencia de una demanda judicial, presentada ante el órgano jurisdiccional competente al efecto, merced al procedimiento ordinario correspondiente en función de la cuantía⁷, y no mediante el procedimiento especial sumario dispuesto para el retracto legal en los artículos 1618 y ss. L. E. C. En él se empuñará una acción de condena dirigida contra aquel que ostente la posesión dominical de la cosa vendida. Se solicita del juez la declaración de haber sido ejercitado en debida forma, y la condena al último a estar y pasar por dicho ejercicio. No obstante, cabe también instrumentar el derecho de rescate a través de una acción constitutiva.

En atención a su naturaleza real, la acción recuperadora puede ejercitarse contra cualquier poseedor que traiga su derecho del comprador, según se encarga de precisar el artículo 1510 C. C., si bien en estos casos, y atendidas las estrechas relaciones que median con la compraventa-básica, será conveniente llamar también a litigio al primitivo adquirente o a sus herederos.

8.3. Desembolsos y cargas que incumben al retrayente:

La simple declaración de voluntad debe ser completada con el abono o satisfacción real y completo, en tiempo hábil, de ciertas partidas, porque de lo contrario no goza - por su propia configuración - de efectos resolutorios. No cabe hacer uso del *ius retrahendi* sin la sufragación de las antedichas cantidades, cuya falta reconduce la voluntad exteriorizada al campo de las simples consideraciones morales, sin trascendencia jurídica ulterior. Ese es asimismo el sólito sentido que se da, por los contratantes, al artículo 1518 C. C. cuando traducen o vierten en convenciones particulares la norma dada por la ley; al menos, así nos ha permitido corroborarlo el análisis jurisprudencial, puesto que la fórmula que tiene por costumbre utilizarse *inter partes* expresa que, si el vendedor no devuelve al comprador el precio antes de que transcurran los años acordados, adquirirá la venta el carácter de absoluta e

⁷ Vid. la S.T.S. de 22 de noviembre de 1962 - considerando cuarto -.

irrevocablemente consumada⁸.

El principio acogido por el Derecho Romano⁹, era que la restitución del precio pagado en su momento por el adquirente representaba la condición *sine qua non* de la nueva transferencia. La sencilla oferta verbal no gozaba de validez alguna cuando el comprador mostraba su rechazo a restituir el fundo, y se precisaba entonces una oferta real seguida del depósito.

En la Edad Media - siguiendo el extraordinario estudio de Rasi¹⁰ -, se puede considerar pacífica entre los doctores la opinión de que, al objeto de poner en acción el derecho de rescate, no fuese suficiente una oferta *verbalis*, salvo que existiese una explícita cláusula contractual al efecto, y se requería el material desembolso del precio. En la práctica, continúa el afamado jurista, " la oferta verbal era el primer acto que efectuaba el vendedor, porque por lo general el comprador intimado no formulaba oposición y daba ejecución al pacto recibiendo el precio y entregando el bien. Si, en cambio, el comprador adoptaba una posición de rechazo formal, entonces la oferta verbal se transformaba en una oferta real impropia, que llevaba aparejada la suspensión del término recuperador¹¹ ".

Se impone en este punto distinguir (como hace la S. T. S. de 21 de junio de 1956 - considerando segundo¹² -, relativa a un retracto legal de comuneros, pero cuya doctrina resulta de aplicación al convencional) entre el ejercicio del retracto como derecho material, " que es el llegar a entrar el retrayente en la propiedad de los bienes retraídos, para lo que es imprescindible que se entregue[n] y pongan en manos del comprador, y no sólo a su disposición, las repetidas [alude al art. 1518] cantidades ", y el blandimiento de la acción de retracto, " cuyos requisitos no tienen que establecer esos artículos del Código Civil [el 1518 y el 1524], sino el 1618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no requiere para ejercitar esa acción judicial, ni aun después de regir el Código, la entrega de las repetidas cantidades al comprador, bastando que se consignent

⁸ Rs. D. G. R. N. de 29 de octubre de 1912 - resultando primero -, 23 de julio de 1927 - considerando primero - y 29 de julio de 1931 - resultando primero -, así como las Ss. T. S. de 26 de enero de 1952 - considerando primero - y 8 de marzo de 1957 - considerando tercero -.

⁹ *Código de Justiniano*: 4, 54, leyes 2 y 7; *Digesto*: 13, 7, 13 y 19, 5, 12.

¹⁰ Rasi, P.: *Il patto di riscatto...*, cit., p. 178 [252].

¹¹ Rasi, P.: *Il patto di riscatto...*, cit., p. 179 [253].

¹² Análogamente, la S.T.S. de 18 de marzo de 1967 - en su considerando séptimo -, referente a un retracto legal de colindantes.

en el Juzgado unas y que se afiance en el pago de otras (...), concepto muy distinto del reembolso”.

Es la realización de las especies enumeradas en el artículo 1518 C. C. la que con su verificación repone las cosas al *statu quo ante* y elimina la eficacia jurídica que hasta entonces venía produciendo el contrato-soporte. No basta que el titular retractual manifieste o exteriorice su voluntad a través de los medios admitidos para ello en derecho. El reembolso del precio tiene que ser efectivo, no sirve el mero ofrecimiento. Habrá de ser aceptado por el sujeto pasivo del rescate, o bien hacerse la consignación que regulan los preceptos 1176 y ss. C. C. A cuenta de ello, la S. T. S. de 10 de julio de 1987 - en su fundamento de derecho segundo¹³ - afirma que “ no puede intentarse el retracto convencional más que reembolsando el precio antes del vencimiento del plazo estipulado o consignándolo, si al ofrecimiento de pago siguió la negativa del obligado, toda vez que el simple ofrecimiento del precio no es suficiente para tener por cumplida la obligación que el artículo mil quinientos dieciocho impone al retrayente”.

Por su parte, la S. T. S. de 21 de noviembre de 1981 - considerando segundo -, argumenta que, “ tratándose en el presente caso de un retracto convencional derivado de una venta con pacto de retro no le es aplicable la necesidad de la consignación anterior al ejercicio de la acción, pues, se trata de una compraventa con condición resolutoria como ya tiene esta Sala declarado con reiteración”.

Sin el oportuno y tempestivo abono o pago¹⁴ de las cantidades procedentes, el tenor del artículo 1507 C.C. - que establece que el vendedor no podrá hacer uso del rescate sin acometer esos desembolsos - se incumple, y su desatención malogra el pretendido retracto y las consecuencias que su cabal utilización entrañaría. Tales desembolsos, a pesar de la desacertada denominación legal, que los califica como “ obligaciones”, ostentan el rango de cargas colaterales o anejas al empleo del derecho de redención. Al lado de esas cargas del vendedor pueden surgir para el comprador, y sin que entrañen

¹³ En el mismo sentido, la S.T.S. de 2 de diciembre de 1914 -considerando tercero-.

¹⁴ S.T.S. de 16 de junio de 1956 - considerando tercero - y 19 de septiembre de 1997 - fundamento de derecho primero - , así como la citada R.D.G. R.N. de 5 de junio de 1991 - fundamento de derecho cuarto -.

correspectividad con aquéllas, auténticas obligaciones derivadas, verbigracia, de liquidar las relaciones habidas entre las partes mientras estuvo pendiente la condición resolutoria, o la responsabilidad por daños ocasionados a la cosa.

En el momento en que intenta el rescate, su titular debe satisfacer el importe del precio, cuya cuantía le es siempre conocida por el carácter convencional del retracto. Y con este abono habrá de simultanear el de las otras partidas si no desconoce su monto o suma. En el supuesto de ignorar el *quantum* de semejantes capítulos, podrá satisfacérselos al comprador - retraído - después de que le reintegre el precio, pero antes de que se consume la redención por el recobro material de la *res vendita*.

Al vendedor le cabe renunciar, al amparo del artículo 6, 2 C.C., al ejercicio del rescate, tanto de forma expresa como tácita. Una de las maneras de la segunda consiste en la declaración redentora seguida de una actitud indolente o de incuria, de dejar transcurrir voluntariamente el resto del período retractual sin practicar los pagos pertinentes, sin cumplir las exigencias patrimoniales.

8.3.1. La satisfacción del precio:

La primera y más elemental especie que reembolsar consiste, conforme con carácter terminante refiere la mención del artículo 1518, en “ el precio de la venta ”¹⁵, esto es, el que rigió en el contrato-básico¹⁶. Al reputarse el retracto convencional como una condición resolutoria, a la devolución de la cosa debe preceder la del precio pagado.

8.3.1.1. Adopción de la tesis nominalista:

Si no procede hablar de compraventa sin el concurso de un precio - pues constituye un elemento esencial -, así no resulta factible imaginar un rescate

¹⁵ El artículo 634 del Proyecto de Gorosabel alude a “ todo el precio recibido ” [= *Redacción del Código Civil de España*, cit., Tolosa, 1831, p. 142]. El 1121 del de Cambrenero se refiere al “ precio íntegro que recibió ” [= Lasso Gaité, J. M.: *Crónica ...*, cit., volumen II, p. 219]. El 1447 del Proyecto de 1851 y el 1545 del Anteproyecto de 1882/88, hablan del “ precio de la venta ” [=respectivamente, García Goyena, F.: *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 420 y 421., y Lasso Gaité, J. M.: *Crónica ...*, cit., volumen II, p. 703.], como el 1518 C. C.

¹⁶ *Vid.*, p. ej., el considerando segundo de la S. T. S. de 9 de febrero de 1916.

sin la reintegración, en principio, de ese idéntico precio, como requisito *ad substantiam*. La cantidad que devolver en concepto de tal es, por ello, la señalada, conforme a un criterio nominalista, y no el mayor o menor valor de la cosa en el momento de la redención. Ni el comprador podrá reclamar un mayor precio fundándose en que el bien ha experimentado un aumento de valor, ni el vendedor habrá de pretender entregar uno inferior porque la cosa haya pasado a valer menos que antaño. Las plusvalías y las minusvalías fortuitas no pueden ser tomadas en consideración para aumentar o disminuir el montante del precio de venta.

Sólo es de recibo la postulación de la tesis valorista si se parte de la errónea configuración de la cláusula rescatadora como una simple promesa de venta, que conduce, a falta de un acuerdo especial, a sostener que el precio ha de establecerse en el instante en que el *novus contractus* aflora.

En relación con ello, en el B. G. B., al configurarse al derecho de retracto con alcance obligatorio, y contemplarlo como un supuesto de reventa condicionada suspensivamente, se permite por el § 501 que las partes convengan una retroventa por estimación¹⁷. Por otro lado, el § 497, segundo párrafo del mismo texto determina que, en la duda, se aplicará para la recuperación el precio de la venta¹⁸.

Cuando por el contrato de venta se ha impuesto al comprador, además del precio, alguna carga que éste ha realizado, el vendedor que ejercita la redención, debe devolver al adquirente, además de aquel precio, la suma en la que se estima la mentada carga. Pothier pone el ejemplo de una venta a retro de una cosa por cierta cantidad, y con la carga de que el comprador le copie al enajenante un cierto manuscrito. Entonces, el último deberá reintegrar al tiempo del rescate el precio del contrato-básico, junto con el importe en que se tase la copia, puesto que esta carga forma parte del precio¹⁹.

¹⁷ § 501 B.G.B.: “Si está pactado como precio del retracto el valor de tasación que tenga el objeto comprado al tiempo del retracto, el retrovendedor no es responsable de un menoscabo, de la pérdida o de la imposibilidad de restitución del objeto debida a otro motivo, y el retrocomprador no está obligado a la indemnización de gastos.” = *Código Civil Alemán*, traducción de C. Melón Infante, cit., p.102.

¹⁸ : “El precio al que se ha vendido, en la duda vale también para el retracto.” = *Código Civil Alemán*, traducción de C. Melón Infante, cit., p.101.

¹⁹ *Oeuvres de Pothier*..., cit., deuxième édition, tome troisième, n° 419, p.174.

8.3.1.2. La norma establece un *minus* de carácter imperativo:

El contenido del artículo 1518 C. C. encierra un mínimo inderogable impuesto *ex lege*²⁰, ya que se decreta en él que “el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar ...”. Viene a recoger la relación de unas especies sustraídas a la capacidad dispositiva de las partes, quienes no pueden, por lo tanto, convenir que el precio del retracto resulte inferior al de la venta-básica, ni tampoco menguar o recortar las cargas normativamente impuestas, a pesar de la opinión contraria de un sector doctrinal²¹.

La referencia dispositiva, a este respecto, se aposenta en el artículo 1507 C. C., al aludir a “lo demás que se hubiese pactado”. La conjunción de ambos preceptos mentados permite colegir que el legislador no se revela reacio a un *plus* sobre lo normado, mas sí se reconoce enemigo de un eventual *minus* sobre ello²². El artículo 1518 configura, en suma, uno de los componentes de naturaleza coercitiva o de orden público de la figura recuperadora, como lo son asimismo el artículo 1508 en lo relativo al plazo máximo de duración retractual, o el 1509, atinente a la definitiva consolidación del dominio del comprador - “adquirirá irrevocablemente” señala su texto - una vez expirado el término rescatador sin que se hubiera ejercitado correctamente el *ius redemptionis*.

8.3.1.2.1. Los preceptos forales en la materia:

El artículo 328,1 de la Compilación Catalana permite de modo expreso, a diferencia del Código Civil, que el precio fijado para la redención en el momento de la venta pueda ser “diferente” del precio de ésta, y sólo el

²⁰ Vid., García Cantero, G.: *Comentarios...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 603; Albácar López, J.L.: *Código Civil* ..., cit., tomo V, 1ª edición, p. 415; Rubio Torrano, E.: *El pacto de retroventa*, cit., p.225; Navarro Pérez, J.L.: *La compraventa civil*, cit., p.719; etc...

²¹ Borrell y Soler, A.M.: *El contrato de compraventa...*, cit., p.256; Scaevola, Q.M.: *Código Civil*, cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 424; Blasco Gascó, F.: *Derechos Reales* ..., cit., § 78, nº 286, p.619; Rivero Hernández, F.: *Elementos de Derecho Civil* de J. L. Lacruz Berdejo, cit., Derecho de obligaciones, volumen segundo, tercera edición, § 84, nº 411, p. 79; Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, cit., volumen II, séptima edición, p.321; etc...

²² así, p. ej., García Cantero, G.: *Comentarios...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 603.

silencio en tal sentido de las partes hace aplicable, a título subsidiario, el mismo del contrato-básico, calculado en pesetas constantes desde la fecha de la venta. Viene a desarrollar la estipulación contenida en el artículo 326, 1, en la que se señala que “ en la venta a carta de gracia el vendedor se reserva el derecho de redimir o recuperar la cosa vendida, por un precio determinado,... ”

En la Compilación Navarra, por su parte, en la ley 576, se insiste en el tenor del artículo 1518 C. C., al indicar: “mediante el reintegro del precio recibido”; ahora bien, y en méritos de la posibilidad, en dicho territorio foral, de la existencia de derechos de recuperación constituidos a perpetuidad o sin tiempo determinado - según reconoce la ley 577 -, la ley 578 consigna que, en tal caso, el retrayente “ deberá abonar los dos tercios del justo valor de la cosa al tiempo de retraerla, siempre que esta cantidad sea superior al precio que recibió ”.

8.3.1.3. La posibilidad de que la cantidad estipulada para redimir supere el precio del contrato-básico:

En cambio, se antoja perfectamente válido y eficaz que, en virtud del mutuo acuerdo, el vendedor y el comprador señalen como importe del rescate una suma mayor a la abonada en concepto de precio por el segundo. Al albur de lo reseñado en el artículo 1255 C. C., la permisividad localizada en el artículo 1507 del mismo cuerpo normativo admite la virtualidad de que el vendedor se “obligue” a más de lo que expresa el 1518, a “lo demás que se hubiese pactado”. En una palabra, tolera una ampliación o engrosamiento convencional de la nómina de cargas relatada por el último precepto.

Sea como fuere, si se acuerda que el retrayente satisfaga un precio mayor, la convención puede adentrarse en los ámbitos abarcados por la ley de Usura de 23 de julio de 1908, cuyo artículo 9º la hace extensible a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, y el pacto de rescate se presta al posible encubrimiento de uno de ellos.

A tal efecto, es relevante el supuesto descrito en la S. T. S. de 7 de

febrero de 1989. En ella se concreta el porcentaje de interés del préstamo restando al precio de retroventa - fijado en 5.323.000 pesetas - el de la venta - que asciende a 2.900.000, o bien a 3.500.000 si a la cantidad efectivamente recibida por el vendedor se le agrega la cifra de 600.000 pesetas retenida por el comprador para pagar los gastos derivados del otorgamiento del contrato, suma esta última que es la que se hizo constar en la escritura pública, según recoge el fundamento de derecho primero -, y dividiendo la diferencia por el número de años del término rescatador - dos -.

El fundamento de derecho cuarto señala que, " si se adopta el criterio seguido por los Tribunales de instancia de dar como precio sólo el de 2.900.000 pesetas, [se aprecia] una tasa de interés próxima al 42%. Si se sigue el criterio de aceptar la libertad contractual de decidir quién de los contratantes ha de sufragar los gastos de la operación, habrá que tener como precio la suma de 3.500.000 pesetas (cantidad entregada más la retenida para gastos a cargo del vendedor), que es el pacto, perfectamente lícito, hecho por los contratantes, y el porcentaje de interés se reducirá a cifra superior, pero próxima, al 26%. En ambos casos, resulta sensiblemente superior el porcentaje de interés si se calcula teniendo en cuenta que para utilizar una prórroga de seis meses en el plazo de redención habrá que pagar por adelantado otras 650.000 pesetas, lo que significaría que el mínimo de interés superaría el 28%. En cualquier caso, aun estimando, como precio el más favorable al recurrente, esto es el de 3.500.000 pesetas, nada aconseja alterar la calificación de interés superior al normal del dinero, porque un 28% es cifra exagerada cuando la garantía real, ajena a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista."

8.3.1.3.1. Referencia al derecho comparado:

En relación con ello, el artículo 1500, 2 del *Codice Civile* de 1942, con gran claridad dictamina que el pacto de restituir un precio superior al estipulado

para la venta es nulo en cuanto al exceso²³.

Más prolijo y pormenorizado se muestra el 928 del texto portugués vigente, en el que se vetan dos cláusulas: 1ª.- la que atribuye al comprador, en caso de resolución, el derecho a una cantidad en dinero u otra ventaja como contrapartida de la misma, y 2ª.- la que constriñe al vendedor a entregar un precio superior al fijado para la venta-básica²⁴.

“ Se pretende - según mantienen Pires de Lima y Antunes Varela²⁵, a la hora de comentar el artículo luso -, como es obvio, evitar que la venta a retro encubra un negocio de corte usurario, en el que el comprador se aprovechase de la situación de necesidad en que eventualmente se encuentre el vendedor. Por eso, nada se opone, dada la *ratio* del precepto, a que se fije para el vendedor la obligación de restituir un precio inferior al recibido. Será hipótesis de suyo poco habitual, incluso rara en la práctica, dada la tendencia constante de la moneda a su devaluación, y que por lo mismo se concibe cuando la devaluación probable de la cosa exceda a la de la moneda”.

Por lo demás, la nulidad de la primera de las cláusulas mentadas por el precepto portugués no afecta a la validez de la venta-básica ni de las demás cláusulas del contrato. Y si se hubiera estipulado la restitución de un precio superior, la nulidad, a imagen del 1500, 2 italiano, alcanza sólo al exceso.

8.3.1.4. La certeza del precio:

El precio del rescate, por otra parte, debe ser cierto. Se revela a ese respecto insuficiente el señalamiento de un precio alzado para varias fincas vendidas a retro en un único contrato, de cara a la redención aislada de una de ellas, puesto que no le resulta factible al retrayente fijar la parte del precio total que le corresponde a la misma. Así, la S. T. S. de 1 de

²³ : “Il patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza”.

En el propio artículo 1500, 1, y en el 1502, 1, se habla del “*prezzo*”, simplemente. El primero determina: “il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo...”. El 1502, 1 afirma: “Il venditore che eserciti il diritto di riscatto è tenuto a rimborsare al compratore il prezzo...”.

²⁴ Artículo 928 del Código portugués: “ 1.- É nula, sem prejuizo da validade das outras cláusulas, a estipulação de pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução.

2.- É igualmente nula, quanto ao excesso, a cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda. ”

²⁵ *Código Civil Anotado*, cit., volume II, 3ª edição, p. 228.

febrero de 1946 - considerando quinto -, luego de insistir en que “ no consiente [el artículo 1518 C. C] que prospere la acción de retracto convencional sin que el vendedor, o quien ostente su derecho, reembolse al comprador íntegramente el precio de la venta, salvo en los casos de indivisión a que se refieren los artículos precedentes a aquél, o cuando siendo varias las fincas vendidas, se hayan individualizado determinándose para cada una un precio...”.

Sólo ha de restituirse por parte del titular retractual lo que en concepto de precio hubiera efectivamente abonado hasta ese momento el comprador, sea el todo o la parte - en caso de fijarse el pago aplazado²⁶ -. Ahora bien, si el precio, aunque se satisficiera a plazos, al tiempo de la redención se encontrase ya abonado en su totalidad, entonces el rescatador debería reintegrarlo al contado.

8.3.1.5. La idoneidad o no de ciertos medios de pago:

“ Con la entrega de una letra de cambio por parte del retrayente - según subraya la S.T.S. de 24 de mayo de 1966, en su considerando primero - para hacer efectivo el retracto, ni se paga ni se desembolsa el precio de la venta, puesto que aquélla, amén de entenderse sólo como una promesa de pago, no produce los efectos de éste hasta que no se hubiese realizado”. Añade en su considerando segundo: “ la letra de cambio al no ser dinero, sino un simple documento de cambio expresión de una promesa de pago, resulta ineficaz a los efectos de consignación del precio porque el simple ofrecimiento de dinero no constituye un reembolso mismo, tanto más cuanto que la letra cambiaría al entenderse como una promesa de pago no produce los efectos de éste hasta que no se hubiere realizado - art. 1170 del C. Civil - ...”

En lo atinente al aval bancario, se venía sosteniendo jurisprudencialmente hasta fechas recentísimas que, aunque fuera presentado por el importe exacto del precio de la enajenación, no cumplía la función de consignación de éste - que debe hacerse dentro del plazo para el ejercicio del

²⁶ Ss. T. S. de 24 de noviembre y 11 de diciembre de 1944 - considerandos séptimo y tercero, al respective -.

ius redemptionis -, por cuanto el artículo 1618, 2 L. E. C. - aplicable a nuestra figura - únicamente considera suficiente el afianzamiento en el supuesto de que el precio no fuera conocido²⁷, de manera que si el mismo resultase conocido, la consignación debía hacerse en metálico, o bien a través de cheque conformado²⁸, que desempeña en la actualidad las funciones del dinero efectivo²⁹. Frente a su parecer, la cercana S.T.S. de 15 de abril de 1998 - en su fundamento de derecho segundo - altera el criterio tradicional expuesto, y, aplicando la ley según el tiempo y la realidad social presentes, acepta como consignación la presentación del aval bancario.

8.3.1.6. La aplicación de la letra del art. 1518,1 en el supuesto relatado por el 1513 C.C., y en los casos de reventa de la res por el comprador a retro:

En ese sentido, en la hipótesis del 1513 C. C., si el comprador obliga al vendedor a rescatar la entera cosa, éste - según se analizó en su momento³⁰ - habrá de entregar el precio genuino de la redención, así como lo que tal comprador hubiera satisfecho al adquirir el resto del bien.

La transmisibilidad del derecho recuperador, sancionada normativamente, autoriza su enajenación a terceros, ya por actos *inter vivos*, ya *mortis causa*, y, en el primer caso, onerosos o gratuitos. Al mismo tiempo, la cosa vendida puede ser rescatada de manos de terceros poseedores que reciban su derecho del primitivo comprador. Pues bien, cuando el retracto se ejerce contra un tercer poseedor del bien, el vendedor primero - o ulterior titular del rescate - está compelido hacia ese tercero al cumplimiento de las mismas prestaciones o cargas con las que se le constreñiría si la redención se ejercitara contra el primitivo adquirente.

²⁷ Ss. T. S. de 20 de abril de 1994 - fundamento de derecho segundo -, 27 de septiembre de 1994 - fundamento de derecho primero -, 30 de mayo de 1995 - fundamento de derecho segundo - y 11 de julio de 1996 - fundamento de derecho segundo -.

²⁸ No sirven, al efecto, según explicita el fundamento de derecho segundo de la S.T.S. de 11 de julio de 1996, los cheques llamados "barrados" o "cruzados".

²⁹ Las citadas Ss. T. S. de 27 de septiembre de 1994 - fundamento de derecho primero - y 30 de mayo de 1995 - fundamento de derecho tercero-.

³⁰ Vid. *supra* el epígrafe 7.2.5.

Es por eso por lo que, si el comprador a retro ha revendido la cosa a un tercero por un precio mayor, el vendedor no se hallará forzado a pagarle al último sino el precio del contrato-básico. El comprador primero no puede, con su particular actuación, hacer más onerosa la condición del *ius redemptionis: nemo ex alterius facto praegravari debet*. Sólo le cabrá al subadquirente reclamarle al comprador a retro la diferencia. Si, por el contrario, el tercero hubiera adquirido la cosa por un precio inferior al que se convino en el negocio-básico, no por ello el retrayente dejará de estar constreñido a desembolsar tal última cantidad, puesto que el comprador inicial, vendiéndole el bien a aquél, le ha vendido todos los derechos que tuviera respecto al objeto. Además, en la segunda enajenación se habrá previsto, al acordar su precio, semejante contingencia.

8.3.1.7. Reintegro del precio verdadero:

El precio que debe devolverse es “el que verdaderamente haya mediado”³¹, bien que con carácter ocasional en la escritura pública de compraventa se hubiera hecho constar otro. El retracto convencional, en atención a ello, tendrá que ser desestimado si quien lo promueva lo haga sobre la base de un precio que, por más que figure en la escritura pública, no sea el real, pues a los tribunales se encomienda la tarea de apreciar en cada caso, y aunque sólo sea por presunciones, la veracidad del mismo.

8.3.1.8. Los acuerdos *inter partes* en materia de pago:

Caben al efecto convenciones o pactos privados relativos a la especie o tipo de moneda en que debe satisfacerse el precio, así como referentes al lugar del pago, como la cláusula o condición de la venta a retro reproducida en la R. D. G. R. N. de 27 de enero de 1900 - resultando segundo -, que reza así: “ si el vendedor don Gervasio M. devuelve al comprador las 4.000 pesetas, precio de la finca vendida, en el plazo de cuatro años, a contar desde este día,

³¹ Ss.T.S. de 29 de mayo de 1957 - considerando segundo de la primera Sentencia - y 22 de diciembre de 1995 - fundamento de derecho primero -.

que vencerá en 30 de octubre de 1902, puesto en dinero en casa y poder del comprador y en monedas de plata o billetes del Banco de España de libre circulación y sin descuento, ...”

Se muestra asimismo interesante el supuesto contenido en la S.T.S. de 30 de enero de 1890. Se celebró una venta con pacto de retro de una tierra mediante escritura pública con fecha de 25 de septiembre de 1844. A través de una convención posterior entre los interesados, reflejada en otra escritura de 5 de noviembre de 1871, se acordó convertir en huerta dicha tierra, al tiempo que la alteración del precio del contrato-básico, mediante la adición al inicial de 266 pesetas y 66 céntimos, lo cual motivó a la par la modificación de la suma del rescate, porque cuando se acometió dicha innovación o retoque monetario se tuvo en mientes, expresa o tácitamente, la cláusula rescatadora. Razona literalmente en su considerando primero la Sentencia que, “siendo el precio un requisito tan indispensable en toda compraventa, que por la sola conformidad de las partes acerca de él y de la cosa vendida se perfecciona el contrato, es evidente que el convenio por el cual se aumente o disminuya el precio que antes se hubiera estipulado constituye una innovación esencial del contrato primeramente celebrado”, por lo que, en razón de ello - concluye en el considerando tercero -, “el plazo de la prescripción [recte: caducidad] comenzó a correr en 25 de septiembre de 1844”, es decir, desde la fecha de la innovación y no desde el primitivo contrato.

8.3.1.9. El interés y las cláusulas de estabilización:

No se utiliza en nuestro C.C. la referencia al «precio principal» - como en los artículos 1659 y 1673 del *Code* o 1528,1 del *Codice* de 1865³² -, ni se contempla *ex lege* la necesidad de restitución de intereses del precio por el tiempo que lo haya tenido en su poder el vendedor, y que constituirían un natural correlato de la configuración del derecho de retracto como condición

³² Artículo 1659 del *Code*: “La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal,...”; artículo 1673 del mismo texto: “Le vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser non seulement le prix principal,...”; artículo 1528,1 del *Codice* de 1865: “Il venditore che fa uso del patto di riscatto deve rimborsare il compratore non solo del prezzo capitale,...” = *Codice Civile [de 1865], cit., diciassettesima edizione, p.182.*

resolutoria - una necesaria consecuencia del pacto de resolución -, toda vez que no se produce desequilibrio patrimonial, porque deben entenderse compensados con los frutos que genere la cosa vendida, y, en caso de no producirlos, con su disfrute, conforme reconoce de forma diáfana el § 1068 del Código austriaco³³ - o lo hacía también el artículo 1125 del Proyecto de Cambroner³⁴ -.

Nuestro legislador, a tenor de la opinión de Martínez Ruiz³⁵, no creyó necesario precepto alguno para que así se entendiera, dada la sustitución por parte del comprador en todos los derechos y acciones del vendedor, según proclama el artículo 1511 C.C.

La S. T. S. de 14 de abril de 1989, referida a un retracto gentilicio, en su fundamento de derecho tercero, arguye que no se incluyen entre los gastos del contrato: “ los intereses legales del precio de la cosa desde la fecha de adquisición y hasta la de la sentencia definitiva y menos cuando no fueron objeto ni de ofrecimiento por la retrayente, ni de postulación por el comprador-retraído, ... ”

Los intereses, por ende, no se deben naturalmente. Cabe, no obstante, por tratarse de un pacto lícito, convenirse su abono, y entonces, el vendedor - o posterior titular del *ius redemptionis* - tendrá que satisfacerlos, buena prueba de lo cual la proporciona la jurisprudencia en las Ss. T. S. de 21 de enero de 1881 - resultando primero y considerando segundo -, 13 de noviembre de 1906 - considerando primero - o 24 de marzo de 1956 - considerando primero de la primera sentencia -.

De igual manera, es admisible también, en general, la apelación a las cláusulas de estabilización que conminen a restituir un precio diferente al abonado en realidad, con tal de que - de conformidad con lo sostenido previamente - su aplicación implique que la suma o importe del rescate supere al precio de la compraventa-básica, puesto que si arrojará como

³³ § 1068 del Código austriaco (A. 11.E.G.B.): “... , und die inzwischen beiderseits aus dem Gelde und der Sache gezogenen Nutzungen bleiben gegeneinander aufgehoben. ” = “ y el interés del dinero y el aprovechamiento (frutos) de la cosa quedan recíprocamente compensados ”.

³⁴ : “ El vendedor no estará obligado a pagar interés alguno al comprador por el precio recibido cuando se rescinda la venta, aunque sí deberá abonarle los gastos necesarios o útiles que haya hecho en la cosa y los ocasionados por el contrato. ” = Lasso Gaité, J. M^a.: *Crónica ...*, cit., volumen segundo, p. 219.

³⁵ *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, cit., tomo IX, p. p. 421 y 422.

resultado una cantidad inferior a este precio chocaría con la imperatividad reconocida al artículo 1518 C.C.

8.3.2. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta:

El número primero de dicho precepto alberga en una redacción redundante “los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta” - a los que la S.T.S. de 18 de marzo de 1967, en su considerando séptimo, tilda de “gastos justos” -, fórmula menos apropiada que la contenida en la ley 576 de la Compilación Navarra, que utiliza la expresión “gastos de legítimo abono”.

Scaevola se encarga de configurar una lista descriptiva de los gastos subsumibles en la letra del 1518,1º, que comprende los que se originan por razón de la venta: “ así, verbigracia: certificación del Registro para acreditar la liberación de cargas, levantamiento de plano si fuere preciso, escritura matriz, primera copia, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su caso los gastos de traslación o transporte de la cosa vendida al punto pactado de entrega de la misma, los de la inscripción en el Registro de la Propiedad y cuantos otros se hubieran estipulado expresamente con cargo al comprador ³⁶”.

Se pretende normativamente, en la medida de lo posible, que el comprador - o actual propietario del bien - no padezca perjuicios o menoscabos económicos por razón del contrato celebrado, ya que constituiría un enriquecimiento torticero el no abonarlos al recobrar la cosa, y responde a una pura y simple restitución.

Se persigue que se le satisfaga al retraído todo aquel gasto que se haya visto impelido a desembolsar en relación con el contrato-básico, siempre que cumpla el doble requisito de: a.- haber sido realmente sufragado [si el comprador no costeó ninguno porque así se conviniera, nada tendrá que percibir por este concepto]; b.- que, además, sea legítimo, esto es,

³⁶ Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 425.

acorde a la ley - pago legal o reglamentario - o conforme al contrato o a la costumbre, " y no - como refirió García Goyena³⁷ - puramente voluntario ".

A fin de salvar o justificar la elección redundante del artículo 1518, 1º C. C., piensa Scaevola³⁸ que se podría ceñir la locución " *gastos del contrato* a la mera otorgación del título, es decir, a la confección de la escritura matriz, y por " pagos hechos para la venta ", deberemos entender todos los invertidos en la obtención de datos documentales o topográficos que la preparen y el abono de los derechos de transmisión e inscripción en el Registro, porque aunque sean pagos subsiguientes, se efectúan para la perfección legal de la venta y por razón de la misma ".

El propio Código Civil enuncia un conjunto de reglas acerca del pago de los gastos derivados del contrato de compraventa en los artículos 1455 y 1465, que tienen carácter dispositivo, merced a que se admite en ambos casos la estipulación contraria de las partes. Aquellos allí reseñados que, por no mediar acuerdo opuesto de los interesados, se atribuyeran al comprador, ahora, al tiempo de la redención, se le exigen al retrayente.

Por otro lado, y al margen de ello, el nº 1º del artículo 1518 - al igual que el resto de su letra - integra un mandato imperativo, un mínimo legal inderogable que los interesados pueden ampliar pero no reducir. En consecuencia, poniéndolo en conexión con lo anterior, si tal o cual gasto contractual, por disposición normativa, o por convenio privado, se le asignó al comprador, el retrayente habrá de pagarlo - sin posibilidad de estipulación en contrario que le exonere de hacerlo -. En ese sentido, por ejemplo, los gastos de primera copia de la escritura pública - conforme al artículo 1455 C.C. - corren de cuenta del comprador ante el silencio de las partes: pues bien, si eso ocurre, no cabe que en la cláusula rescatadora, a propósito de ello, se convenga que no deba recibirlos el retraído. No lo entiende de esa forma Vázquez Iruzubieta³⁹, que se apoya en la falta de interés del legislador en obligar al comprador a recibir el importe de los gastos del contrato, así como de los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, puesto que - según él -,

³⁷ García Goyena, F.: *Concordancias...*, cit. tomo III, p. 421.

³⁸ Scaevola, Q. M.: *Código ...*, cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p.426.

³⁹ Vázquez Iruzubieta, C.: *Doctrina y Jurisprudencia...*, cit., p. 2170.

a excepción de la devolución del precio, por constituir un elemento inorillable del instituto, todo lo demás es renunciable.

8.3.2.1. Precisiones procesales:

En el ámbito procesal, el artículo 1618, 2 L. E. C. ordena consignar o dar fianza únicamente del precio de la venta, y no abarca su mandato a los gastos del contrato y demás pagos legítimos, que pueden ser abonados con posterioridad, una vez que sean conocidos⁴⁰.

En el mismo sentido, la ley 450 de la Compilación Navarra determina que: “ el ejercicio de la acción de retracto exige la consignación por el retrayente del precio de la enajenación o, si no es conocido, el ofrecimiento de consignarlo cuando lo sea y, en todo caso, el de pagar los gastos de legítimo abono ”.

En el derecho comparado, el artículo 931 del Código luso⁴¹ habla de oferta real de las cantidades líquidas que hayan de ser pagadas al retraído a título de reembolso del precio y de los gastos del contrato y otros accesorios.

La oferta se refiere no más que a las cantidades (*importâncias*) líquidas, es decir, siguiendo a Pires de Lima y Antunes Varela⁴², “ a aquellas cuyo montante sea o deba ser conocido por el vendedor, porque no se comprende que le debiera ofrecer desde luego el pago de gastos (como los empleados en mejoras sobre la cosa o incluso algunos de los ocasionados para la celebración del contrato) cuyo volumen desconozca sin culpa. En cuanto a las (*importâncias*) ilíquidas, no comprendidas en la oferta real, el comprador no goza, en cuanto a su pago, de la garantía dada por la propiedad de la cosa, pero gozará en cuanto a algunas de ellas del derecho de retención del bien ”.

⁴⁰ Ss. T. S. de 31 de diciembre de 1897 - considerando segundo -, 7 de noviembre de 1925 - considerando primero-, 13 de julio de 1945 - considerando quinto -, 16 de mayo de 1946 - considerando sexto -, 3 de diciembre de 1946 - considerando cuarto -, 20 de junio de 1949 - considerando quinto -, 8 de junio de 1954 - considerando primero de la primera sentencia -, 21 de junio de 1956 - considerando segundo -, 16 de marzo de 1992 - fundamento de derecho tercero -.

⁴¹ : “No silêncio do contrato, a resolução fica igualmente sem efeito se, dentro do mesmo prazo de quinze dias, o vendedor não fizer ao comprador oferta real das importâncias líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias”.

⁴² *Código Civil anotado*, cit., volume II, 3ª edição, p. 231.

En Italia, el vendedor puede hacer oferta no formal de la restitución del precio y del reembolso de los gastos - de las sumas líquidas debidas, artículo 1503, 1 del *Codice*⁴³ -, poniendo la cantidad a concreta disposición del comprador. Como sostiene Luzzatto⁴⁴, ha de ser una auténtica oferta, una actividad que ponga al comprador en la posibilidad de conseguir eficazmente y sin dilación el objeto debido. Si este último no acepta el pago, sólo se evita por el vendedor la decadencia de su derecho de rescate en tanto en cuanto realice oferta real de la cantidad dentro de los ocho días siguientes a la caducidad del término redentor - artículo 1503, 2⁴⁵ -. Este es, por consiguiente, el efecto que el vendedor consigue - según colige Bianca⁴⁶ -, el hecho de que la oferta valga como si el pago fuese ya realizado.

8.3.2.2. Entendimiento jurisprudencial del alcance de estas partidas:

El criterio esgrimido por la jurisprudencia española a la hora de incluir en el número primero del artículo 1518 C.C. cierto tipo de gastos no parece excesivamente amplio, atendida la claridad con la que el precepto apunta a la causa que los puede motivar, limitada a los que se ocasionen " para la venta ". Tal es el parecer de la S. T. S. de 12 de febrero de 1904 - considerando segundo -, que excluye la integración en la categoría mentada de las costas originadas en un juicio de testamentaría.

La S.T.S. de 1 de marzo de 1954 - considerando cuarto - argumenta que: *"no puede comprenderse en el artículo 1518 del Código civil (...), la minuta de un Letrado a quien consultan los recurrentes sin precisión y voluntariamente y la comisión al corredor que se dice medió en la venta, cuya intervención tampoco fue precisa para ella, pues sólo son reintegrables al demandado los gastos propios y necesarios para la venta, que son los únicos que pueden*

⁴³ : " Il venditore decade dal diritto di riscatto, se entro il termine fissato non comunica al compratore la dichiarazione di riscatto e non gli corrisponde le somme liquide dovute per il rimborso del prezzo, delle spese e di ogni altro pagamento legittimamente fatto per la vendita ".

⁴⁴ *La compravendita*, cit., p. 448.

⁴⁵ : " Se il compratore rifiuta di ricevere il pagamento di tali rimborsi, il venditore decade dal diritto di riscatto, qualora non ne faccia offerta reale entro otto giorni dalla scadenza del termine ".

⁴⁶ *La vendita e la permuta*, cit., seconda edizione, volume settimo, tomo primo, p. 658.

*reputarse legítimos, accesorios y útiles a los efectos del artículo 1518 del Código civil*⁴⁷”.

8.3.3. Los gastos necesarios y útiles:

8.3.3.1. Los necesarios: ordinarios y extraordinarios:

El número 2º del artículo 1518 C. C. alberga “ los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida ”. Comenzando con el análisis de los gastos necesarios, que, según las Ss.T.S. de 3 de julio de 1912 - considerando tercero - y 5 de diciembre de 1959 - considerando segundo de la primera sentencia - son “ los exigidos para la conservación ”, hay que subdistinguir dentro de la mención genérica del precepto, conforme al criterio general de clasificación, los calificados como ordinarios de los tildados de extraordinarios, como hace expresamente el artículo 328, 3 de la Compilación Catalana.

Los primeros, los ordinarios o de simple conservación de la cosa, o - según los designa Domingo de Morató⁴⁸ - menudos, constituyen “ cargas del goce de la misma⁴⁹”, y atañen, por tanto, a aquella persona a quien ese goce pertenece, que es el comprador: así le ha correspondido *pendente condicione* como *verus dominus* del bien. Por la misma razón - apostilla García Goyena⁵⁰ - son de cuenta del comodatario, artículo 1633 [hoy 1743 C. C.], y lo son también de cuenta del usufructuario, artículo 456 [en la actualidad 500 C. C.].

Con referencia al usufructo, respecto a las reparaciones de la cosa usufrutuada que debe costear el usufructuario, el artículo 500, 2 primer inciso C. C. se encarga de precisar que “ se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación ”.

No podrá el comprador exigir al vendedor el pago de estos gastos, verdaderamente indispensables para el uso de la cosa vendida con pacto de

⁴⁷ Con incidencia en la misma tesis, pues se remite a esta última, la S.T.S. de 5 de diciembre de 1959 - considerando segundo de la primera sentencia -.

⁴⁸ *El Derecho Civil Español...*, tomo segundo, 2ª edición, p. 428.

⁴⁹ García Goyena, F.: *Concordancias...*, cit., tomo III, p. 421.

⁵⁰ *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 421.

rescate, a los que Pothier llama *de simple entretien*⁵¹. Tampoco habrá el retrayente de satisfacer los gastos invertidos en la producción de frutos de los que se aproveche o deba aprovecharse el comprador.

En relación con todo ello, la S. T. S. de 10 de julio de 1890 - en su considerando primero - inserta el ubérrimo razonamiento que sigue: “ ... habiendo quedado en poder de Riquer [vendedor] los caballos y coches vendidos a Theveneau por la voluntad y en provecho del primero, que los utilizó durante los seis meses del retro, la sentencia recurrida que absuelve al segundo de pagar los gastos hechos en la manutención y conservación de la cosa vendida no infringe el principio de derecho de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de ajeno, el de que la culpa de uno no debe perjudicar a otro, ni el de que el que siente el pro debe también pagar la pérdida (...), puesto que Theveneau en nada se lucró con que Riquer tuviera en su poder los coches y caballos empleándolos éste en su exclusivo beneficio, siendo por lo mismo justo que pagara los gastos de manutención y conservación ”.

En segundo término, los gastos extraordinarios, que son de mayor cuantía y trascendencia que los anteriores, los cuales le deben ser devueltos en su integridad al comprador con ocasión de la redención, dado que si el vendedor hubiese conservado la cosa en su poder los hubiera debido afrontar igualmente. Estos gastos se entienden a cargo del dueño del bien, del *dominus* definitivo cuando el poseedor actual - en nuestro caso el presente propietario del mismo, con dominio pleno, pero interino por lo resoluble - no ostente un derecho consolidado sobre él.

Así, también, hallándose la cosa en usufructo, los gastos extraordinarios - artículo 501 C. C. - se atribuyen al nudo propietario; en el supuesto de fideicomiso, el fiduciario que los satisface puede solicitar su importe al fideicomisario en el momento de la restitución de la herencia - artículo 783 C. C. -.

Por consiguiente, si el vendedor recupera el bien a resultas de la redención, el comprador podrá reclamar del vendedor que se le indemnice esta

⁵¹ *Oeuvres de Pothier* ..., cit., deuxième édition, tome troisième, n° 423, p. 175.

partida; y, si por no ejercitarse el retracto, el comprador deviene dueño del bien a título definitivo, nada deberá abonarle el vendedor.

Ahora bien, sostiene Borrell⁵² que existen reparaciones que reclama la utilización natural de las cosas, y que, no obstante, la necesidad de efectuarlas no se aprecie hasta que hayan tomado tal entidad y calibre que el coste de su realización no permita reducirlas a la categoría de ordinarias, “ como la carcoma que destruye las vigas de madera de un edificio, el orín que corroe las metálicas, la trepidación que hace quebradizas las piezas de hierro de los puentes ferroviarios, cuyas moléculas llegan a cristalizar, etc... ”.

Ciertamente - prosigue Borrell⁵³ -, estos desperfectos son debidos al uso de las cosas, que con el tiempo llega a destruirlas. Al objeto de precaverse contra el riesgo o peligro de que dichos bienes se inhabiliten o inutilicen, ha de amortizarse el capital que representan semejantes reparaciones en un tiempo prudencial conforme a los casos.

Se pregunta con agudeza el autor si podrían considerarse gastos ordinarios de conservación los que resultasen necesarios para prevenir las catástrofes que pudieran acarrearla destrucción de los bienes referidos, y propugna la idoneidad o justicia de que el comprador con pacto de retracto satisficiera los tipos de amortización correspondientes al número de años que hubiese disfrutado de la cosa adquirida, en relación con aquellos que se calcule que podrá subsistir el edificio, vía férrea, etc...⁵⁴.

8.3.3.2. Gastos útiles:

En lo atinente a los gastos útiles reseñados en el artículo 1518, 2 C.C., se ha de matizar que son las denominadas mejoras útiles o simplemente mejoras, puesto que las impensas necesarias - expresión ésta utilizada por la ley 578 de la Compilación Navarra - no son en puridad mejoras. Las mejoras o gastos útiles comprenden aquellos que no resultan precisos para la

⁵² *El contrato de compraventa* ..., cit., p. 257.

Le sigue, con el mismo argumento, Badenes Gasset, R.: *El contrato de compraventa*, cit., tomo II, 3ª edición, p. p. 902 y 903.

⁵³ *El contrato de compraventa* ..., cit., p. 257.

⁵⁴ *Idem*, p. 257.

conservación de la cosa vendida, sino que aumentan su valor, es decir, redundan en provecho, comodidad o interés del bien⁵⁵.

El Código Civil es bastante escueto en su pronunciamiento, de modo que la fijación de su alcance aconseja acudir a lo que él mismo determina en relación con otras instituciones, en las que poseyendo o cuasi poseyendo una cosa quien no era dueño de ella, o bien no lo era con alcance definitivo, empleara su particular numerario en mejorarla.

A la luz de la configuración propuesta para el retracto convencional, procedería la aplicación de lo contemplado en el texto codificado para los contratos afectos a condición resolutoria. Sin embargo, la lectura de los artículos 1122, 6ª y 1123, 2 C. C., hace ver que se sitúa al deudor, que en la presente hipótesis es el deudor de la finca retraída, en igual situación o tesitura que al usufructuario, quien no cuenta con derecho a compensación por el capital invertido en mejoras: únicamente disfruta del derecho de separarlas y quedárselas, siempre que ello se demostrara de posible realización sin detrimento o menoscabo de la cosa mejorada, así como del derecho a compensar los desperfectos con las mejoras - artículos 487 y 488 C. C. -. En idéntico estado se colocan las mejoras que efectúe el arrendatario, por directa y expresa remisión del artículo 1573 C. C. a las acometidas por el usufructuario.

García Goyena argüía que si no se reintegraban a estas personas semejantes gastos, respondía ello a la circunstancia de que “ no son verdaderos poseedores, y a sabiendas los hacen en cosa ajena; y sin contar con el abuso que de esto podrían hacer en perjuicio del propietario que fuese pobre⁵⁶ ”.

En cambio, las mejoras ejecutadas por el enfiteuta en el caso de comiso o de rescisión del contrato por mor de cualquier causa, se disciplinan como las del poseedor de buena fe (artículo 1652 C. C.), y lo mismo para las practicadas por el que cobró alguna cosa indebidamente (artículo 1898 C. C.).

⁵⁵ S. T. S. de 3 de julio de 1912 - considerando tercero - y 5 de diciembre de 1959 - considerando segundo de la primera sentencia -.

⁵⁶ García Goyena, F.: *Concordancias...*, cit., tomo III, p. 421.

Conviven, en resumen, dos modalidades en el Código, las mejoras efectuadas por el poseedor de buena fe, que son indemnizables, y las realizadas por el usufructuario - y equivalentes -, que no lo son, y sólo confieren derecho a retirarlas sin desmedro de la cosa mejorada.

En vista de que el artículo 1518 asigna al titular retractual la carga de reintegrar dichas mejoras - siempre que subsistan al tiempo del rescate -, sus disposiciones deben, en tanto no se contravenga su especialidad, ser completadas por analogía con las relativas al poseedor de buena fe.

Insiste en ello García Goyena, al cimentar la justicia del abono de tales gastos útiles en la consideración de que el comprador es poseedor de buena fe, sin que se pueda estimar privado de esa calidad por la incertidumbre de que el vendedor haga o no uso de su derecho de retracto⁵⁷.

Cuando se ejercita con éxito el rescate, el vendedor recupera el dominio como si nunca se hubiera desprendido de él, y el comprador es tratado como si nunca hubiera sido propietario de la cosa. *Pendente condicione* éste disfrutaba de la condición jurídica de *dominus*, por lo que tras el retracto, aunque pierde la propiedad, retiene la posesión que hasta entonces ostentaba, y, en efecto, cabe reputar a la misma de forma incontrovertible como posesión justa y debida, así como de buena fe - puesto que ha poseído el bien creyendo, con acierto, que le pertenecía -. Empero, cuando concurre un *ius possidendi* carece de toda relevancia insistir en el carácter de buena o mala fe; distinción que sólo alcanza interés cuando la posesión es injusta⁵⁸, por cuanto, atendido que el alcance retroactivo de la resolución contractual no autoriza a trocar en injusta lo que supuso una posesión justa - sólo acontece la pérdida de eficacia del título por el cual se entró a poseer -, la aplicación al caso presente del art. 453, 2 C. C. sólo podría operar, en realidad - como se refirió -, mediante analogía.

Partiendo de una opinión de Rubino⁵⁹, dentro de la doctrina española, García Cantero o Navarro Pérez⁶⁰ consideran más pertinente aplicarle al

⁵⁷ *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 421.

⁵⁸ Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, cit., tomo III, volumen primero, 8ª edición, p. 69.

⁵⁹ *La compravendita*, cit., ristampa della seconda edizione, p. 1054, nota 46-sexies.

⁶⁰ García Cantero, G.: *Comentarios*..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 608; Navarro Pérez, J. L.: *La compraventa civil*, cit., p. 720.

comprador a retro, en lugar del artículo 453, 2 C. C., por analogía y con las pertinentes adaptaciones, la disciplina de los artículos 112 y 113 L. H., referentes a la situación del tercer poseedor de un bien hipotecado.

Según García Cantero, al comprador con pacto de rescate le es perjudicial la aplicación de las reglas de la posesión, " ya que según el artículo 1511 el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones, de modo que habiendo mediado tradición será normalmente un propietario a quien resulta insuficiente calificarle sólo de poseedor; menos favorable, todavía, a estos efectos, es considerarle como usufructuario⁶¹ ".

El artículo 112 L. H. dispone que " cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación⁶², siempre que unos y otras se hayan costado por el nuevo dueño,...", situación en la que el artículo 113,1 L. H. le otorga a tal tercer poseedor de finca hipotecada la opción entre exigir el importe de esas mejoras que no se entienden hipotecadas, o retener los objetos en que consistan si ello puede hacerse sin menoscabo del valor del resto del terreno.

Semejante argumento analógico se antoja, de cualquier forma, un poco artificioso - Rubio Torrano emplea la expresión " excesivamente forzado "⁶³ -, y la caracterización de la cláusula de recuperación como una condición resolutoria, que introduce al cumplirse la ficción de que el comprador nunca fue propietario, se concilia mejor con una equiparación al instituto posesorio.

Por otro lado, el titular retractual sufragará estas mejoras, con tal de que pervivan al tiempo del rescate - según reseña el artículo 458 C. C. al hablar de la posesión -, porque le aprovecha su realización en tanto que nuevo dueño del bien: debe retribuir o indemnizar aquello en que se enriquece.

Pues bien, a partir de semejante referencia aplicativa o reenvío al artículo

⁶¹ *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 608.

⁶² Al abrigo de la más destacada doctrina hipotecarista, hay que apreciar que dichas obras de transformación son siempre de reparación y seguridad, es decir, que encierran carácter necesario. *Vid.*, por todos., Roca Sastre, R. M^a, y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., octava edición, tomo VIII, Barcelona, septiembre de 1998, p. 35.

⁶³ *El pacto de retroventa*, cit., p. 232.

453, 2 C.C., se ha suscitado la cuestión de dilucidar si el retrayente dispone de la facultad de opción allí residenciada - en virtud de una analogía cuando menos discutible -, y se le permite elegir, al vencer en la posesión, entre la satisfacción del importe de los gastos útiles o el abono del incremento de valor que por ellos haya adquirido la cosa, como defiende, por ejemplo, Manresa ⁶⁴.

Por mi parte, me adhiero a otra opinión doctrinal⁶⁵, en virtud de la cual no alcanza defendibilidad tal opción de acuerdo con una interpretación literal del nº 2º del artículo 1518 C. C., ya que éste no hace referencia a esa pretendida facultad del redentor. Le constriñe no más que a reembolsar los gastos útiles efectuados en la cosa vendida, privándole de escoger el pago del aumento de valor, aunque el comprador hubiese mostrado no demasiado tino en la realización de la mejora.

El artículo 1518 no contiene la facultad electiva del 453, 2 C. C.: nos hallamos ante una institución de perfiles autónomos - el retracto convencional -, y la especificidad o especialidad del tajante contenido del primer precepto prevalece sobre la generalidad del segundo.

Sin embargo, se le permite al comprador el *ius tollendi* del 453. En relación con ello, entraña notable interés la hipótesis contemplada en la S. T. S. de 10 de diciembre de 1991 - fundamento de derecho segundo - que, a un tiempo que proporciona un ejemplo de mejoras útiles, incluye expresamente ese *ius tollendi*. En él se lee: "El carácter de utilidad que representa para la finca retraída, se deduce del informe pericial que obra en autos, y se corresponde con la edificación de una casa, la excavación y explotación de un pozo, la construcción de una balsa para el almacenamiento del agua del pozo, etc.; obras que evidencian su condición de mejoras útiles, y que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1518, 2º y 453 del Código Civil, el retrayente está obligado a abonar; pudiendo el demandado retirar los objetos muebles empleados, si no sufre deterioro el inmueble al que aparecen incorporados, y dejando para la ejecución de la sentencia, la tasación pericial de todas

⁶⁴ *Comentarios...*, tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 487. Parece, asimismo, aceptar esa tesis Marsal Guillaumet, J.: *Comentario de la S. T.S. de 13 de octubre de 1995*, en C.C.J.C., nº 40, enero/marzo de 1996, p. 261.

⁶⁵ Borrell y Soler, A. M.: *El contrato de compraventa...*, cit., p. 259; Badenes Gasset, R.: *El contrato de compraventa*, cit., tomo II, 3ª ed., p. 903; Albácar López, J.L.: *Código Civil...*, cit., tomo V, 1ª edición, p. p. 416 y 417.

aquellas mejoras que permanezcan en la finca, que en ningún caso podrán superar la suma de 4.267.598 ptas., ... ”.

En Francia, el artículo 1673, 1 de su Código Civil establece que “el vendedor que utiliza el pacto de rescate, debe reembolsar ... las reparaciones necesarias, y las que han aumentado el valor del fundo, hasta la concurrencia de este aumento⁶⁶”.

El artículo 1502 del Código italiano vigente prescribe que “ el vendedor que ejercita el derecho de rescate está obligado a reembolsar al comprador... los gastos por las reparaciones necesarias y, dentro de los límites del aumento, aquellos que han incrementado el valor de la cosa ”, mas “ el juez, sin embargo, para el reembolso de los gastos útiles puede conceder una dilación disponiendo, si fuera necesario, las oportunas cautelas⁶⁷”.

Esta norma es interpretada⁶⁸ de forma tal que el valor de las mejoras opera no sólo como límite máximo del reembolso, sino también como límite mínimo, de suerte que no se satisface la suma menor entre lo gastado y lo mejorado, sino que se reembolsa todo y sólo el aumento de valor conseguido por la cosa.

En Alemania, el § 500 B.G.B. determina que el retraído puede reclamar que se le abonen los gastos que haya hecho en la cosa, en la medida en que con ellos hubiese aumentado el valor de la misma, y se le permite retirar las instalaciones o mejoras con que haya dotado al bien.

No obstante, si se hubiera convenido como precio de rescate el valor de tasación que tuviera la cosa en la hora de la redención, en ese supuesto, de acuerdo con la presunta intención de las partes, el objeto se ha de considerar retrovendido en el estado que disfrute entonces. Por lo tanto, el comprador no responde de la pérdida o menoscabo de la cosa, y no se beneficia de pretensión alguna por causa de los gastos (§ 501 B.G.B.).

En Cataluña, con relación a los gastos útiles, el retrayente deberá abonar

⁶⁶ Artículo 1673, 1 del *Code*: “ Le vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser... les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. ”

⁶⁷ Artículo 1502 del Código Civil italiano: “ Il venditore che eserciti il diritto di riscatto è tenuto a rimborsare al compratore... le spese per le riparazioni necessarie e, nei limiti dell'aumento, quelle che hanno aumentato il valore della cosa [en parecidos términos se pronunciaba el artículo 1528 del *Codice* de 1865].

(...) Il giudice tuttavia, per il rimborso delle spese utili, può accordare una dilazione disponendo, se occorrono, le opportune cautele. ”

⁶⁸ *Vid.*, p. ej., Rubino, D.: *La compravendita*, cit., ristampa della seconda edizione, n° 291, p. 1054.

exclusivamente la plusvalía que ellos representen en la finca - artículo 328, 4 de su Compilación -, " los cuales no pueden exceder el precio de coste ni, en ningún caso, el 25 por 100 del precio fijado para la redención "; porque si la cuantía invertida en estos gastos sobrepasa el incremento en el valor de la cosa, se trataría - entiende Casals⁶⁹ - sólo de una desgraciada especulación del comprador, quien sería el único a quien pudiese competir el soportar las consecuencias.

Una conducta pródiga o despilfarradora del comprador en el acometimiento de las mejoras, podría implicar que al vendedor, aun queriendo rescatar - y satisfacerlas -, le fuera imposible hacerlo: *quod insoportabilem sarcinam imponit, non videtur utiliter gestum*; por ello, al decidido intento de conjurar estos abusos a que le cabría apelar a un comprador de mala fe, a fin de dificultar, cuando no de impedir, el uso feliz del rescate, y en evitación de ulteriores males, sería pertinente - aconsejable, según sugería Gutiérrez Fernández⁷⁰ -, el arbitrio de varios medios, por ejemplo: el señalamiento en la escritura de venta de la cantidad a que pudieran ascender esos gastos, el modo de satisfacer las mejoras si fueran excesivas, o la prohibición de que se hagan sin consentimiento del vendedor, so pena de perderlas.

Troplong, en cuestión de mejoras, aduce que las legalmente requeridas para el rescate son aquellas que se realizasen, por el comprador, conforme a los cálculos prudentes de un padre de familia⁷¹.

A este respecto, la doctrina jurisprudencial ha proclamado la innecesidad de reembolsar los gastos útiles que hubiesen sido efectuados de mala fe y con el objetivo de dificultar el ejercicio rescatador, por aplicación de los principios *malitiis non est indulgendum* y *fraus omnia corrumpit*, cuyo fin fraudulento debe ser probado rigurosamente.

En la provechosa S.T.S., repetidamente mencionada, de 3 de julio de 1912 - considerando tercero - se decreta que no asumen el rango de gasto útil los procedentes " de la construcción de una casa sobre el predio rústico destinado a cereales, objeto del retracto, para cambiar su naturaleza y sin

⁶⁹ *El pacto de retro...*, cit., p. 37.

⁷⁰ *Códigos o Estudios ...*, cit., Tratado de las Obligaciones, 1ª edición, tomo cuarto, p. 360.

⁷¹ *Le Droit Civil expliqué ...*, cit., quatrième édition, tome second, n° 760, p.p. 255 y 256.

reportar ventaja para el retrayente, y [además], porque habiéndose edificado dicha casa por el comprador de la tierra, según afirma el fallo recurrido, durante la tramitación del juicio de retracto [de colindantes], cuando su dominio era inseguro como dependiente del resultado del litigio, y con el propósito además, de burlar la acción del retrayente, aparece evidenciada la temeridad y mala fe con que procedió, y por tanto, conforme a los preceptos mismos en que pretende ampararse, carece de derecho para exigir en forma alguna el reembolso de los gastos de que se trata”.

8.3.3.3. La interpretación sistemática del art. 1518,2º C. C.:

Conviene efectuar una puntualización referente al número 2º del artículo en análisis del C. C., desde el punto de vista de su relación armónica con los artículos 1510 y 1513 de idéntica ley.

De acuerdo con el primero de estos dos, debidamente conectado con aquél, se pagarán al tercer poseedor, en el caso de que sea de buena fe, los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado el primitivo comprador, de igual forma que sólo se le satisfará el precio del contrato-básico y los gastos de dicho negocio - y no los de la sucesiva enajenación -, como tuvo ocasión de explicarse. Los gastos necesarios y útiles que hubiera afrontado el tercer poseedor o subadquirente del bien, se los deberá reclamar al comprador a retro a través de las vías oportunas.

Es dable presumir que los gastos necesarios y útiles que hubiera efectuado el inicial comprador antes de la nueva venta se habrán tenido en cuenta por éste y el segundo adquirente al celebrar la misma.

Por otro lado, al comprador con pacto de rescate de una parte de una finca que adquiera la totalidad de ella *a posteriori* en el supuesto residenciado en el artículo 1513 C. C., se le habrán de indemnizar, ejercitado que sea el retracto convencional, además del precio de la cuota adquirida en principio y los gastos anejos a tal contrato de venta, la suma que abonara para obtener la parte o partes restantes del fundo, los gastos y pagos legítimos que le supusiera la operación, así como los gastos necesarios y útiles que hubiera

invertido en el entero bien, por más que inicialmente sólo se acordase el rescate no más que de la parte de la finca objeto de la enajenación-básica.

8.3.3.4. Momento del abono de esos capítulos:

A imagen de lo que sucedía con los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta - del artículo 1518, 1º C. C. -, ahora, asimismo, se aprecia una diferencia entre el tiempo en que deben reembolsarse el precio y los gastos necesarios y útiles, porque, a tenor de lo declarado por las Ss.T.S. de 31 de diciembre de 1897 - considerando segundo - y 13 de noviembre de 1954 - considerando primero -, aquél ha de pagarse o consignarse inmediatamente, y los segundos no hay obligación de pagarlos desde luego. Si el precio, que es conocido, puede consignarse al tiempo de retraer, no procede decir otro tanto del coste de gastos y mejoras, cuya cuantía cabrá que sea ignota en esa fase para el vendedor.

8.3.4. La eventual indemnización por el rescate:

Fuera de la restitución del precio y de los reembolsos vistos, las partes pueden convenir el desembolso por el vendedor de una suma determinada, destinada a indemnizar, a título de compensación, al adquirente por los inconvenientes inherentes al uso del retracto. Se trata, de alguna manera, de una cláusula penal, válida a condición de que no disfrace un contrato usurario.

8.3.5. Los gastos voluptuarios:

En cuanto a los gastos de puro lujo, ornato o de mero recreo, el comprador - retraído - no puede reclamar su devolución. Le asiste solamente el derecho a retirar los adornos con que hubiera embellecido la cosa principal, siempre que ella no padeciese deterioro, *ius tollendi* que entra en juego si el sucesor en la posesión, es decir, el retrayente, no optase por desembolsar el importe de lo gastado.

Esta postura, aunque no resulta evidente del texto del artículo 1518 C. C.⁷², se extrae por remisión a los principios generales que inspiran la materia posesoria, en concreto, aquí, el 454 C.C., porque se trata de poseedor de buena fe.

Rubio Torrano⁷³, en cambio, sostiene que el comprador que realiza tal tipo de mejoras ha de ser considerado de mala fe en la medida en que puede encontrarse en el futuro en la situación de tener que restituir la cosa, por cuanto le aplica el artículo 455 C.C., lo cual arroja una notable diferencia respecto al precedente, pues, admitiendo el *ius tollendi*, si el poseedor legítimo prefiere quedarse con los objetos en que esos gastos se hayan invertido, abonará el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión, que cabe que sea mayor o menor que el importe de lo gastado.

Es verdad que el comprador conoce que puede ser compelido a restituir la cosa, mas esto entraña un acontecimiento incierto y, de momento, no lesiona con su posesión justa - *pendente condicione* figura como un verdadero propietario - de buena fe⁷⁴ ningún derecho del vendedor. El correcto ejercicio del *ius redemptionis* resuelve el título y el comprador - retraído - pierde *ipso iure* el dominio del bien, pero mantiene la posesión, que continúa - aun cuando se haya tornado injusta - siendo de buena fe.

8.3.6. Obligación del retraído de entregar la cosa:

El comprador se sitúa en una posición de supeditación o sujeción a los efectos o consecuencias derivados del cumplimiento de la condición resolutoria del contrato-básico, por lo que ha de cooperar a la recuperación o reingreso de la cosa en el caudal patrimonial del retrayente.

Tan luego como se verifican en su debida forma los requerimientos de los artículos 1507 y 1518 C. C., se opera la automática readquisición del dominio por el redentor, si bien resulta de todo punto aconsejable el otorgamiento de la escritura de rescate y su reflejo en el R. P., mediante nueva

⁷² Nada dice tampoco sobre ello el artículo 328 de la Compilación Catalana ni la ley 576 de la Navarra.

⁷³ *El pacto de retroventa*, cit., p. 232.

⁷⁴ Según se manifestó ya, la posesión justa no ve alterados sus efectos por ser de mala fe. Es pues ésta una distinción con consecuencias sólo teóricas.

inscripción - artículo 23 L.H. -, al objeto de garantizar su eficacia frente a terceros.

El comprador tiene la obligación de entregar la cosa, una obligación subordinada o sucesiva respecto a las cargas anejas al ejercicio del retracto, porque el titular rescatador no puede forzarle a la devolución de la misma en tanto no le haya abonado los reintegros legítimos. La restitución de la cosa sigue al reembolso del precio y demás cantidades, no se le contrapone: no procede hablar de obligaciones sinalagmáticas. Al vendedor no le cabe entrar en posesión del bien sino después de haber satisfecho sus cargas correspondientes. Es efecto natural de las condiciones resolutorias, en las obligaciones de dar, el que los contratantes se restituyan lo que respectivamente hubieren percibido⁷⁵.

8.3.7. El *periculum* y el *commodum*:

El artículo 1518 C. C. no contiene ninguna referencia respecto a las mejoras - provenientes de la naturaleza o del tiempo - y deterioros que pudieran ocurrir en la *res vendita* durante el plazo de vigencia del rescate. El silencio normativo se solventa, sin embargo, con facilidad apelando al tenor de los artículos 456 y 457 C. C., relativos al *periculum* y al *commodum*, que se atribuyen al vencedor en la posesión, aquí el vendedor retrayente. Por lo tanto, las mejoras o beneficios ligados a la propiedad, que obedezcan a la naturaleza o al tiempo ceden siempre en beneficio de quien rescata - los riesgos sólo se le transmiten al vendedor a partir del cumplimiento de la condición resolutoria -, de la misma manera que el comprador no habrá de responder del deterioro o pérdida del bien sino en la hipótesis en que se acredite haber procedido con dolo o culpa.

El artículo 327, 3 de la Compilación Catalana establece, a propósito de ello, que: “ Al tiempo de la restitución, el titular de la propiedad gravada indemnizará al redimente por la disminución de valor que haya sufrido la cosa por causa imputable a él mismo y a los anteriores titulares ”. Y el § 498, primer

⁷⁵ Vid. el artículo 1123, 1 C.C.

párrafo B. G. B. estatuye que, una vez declarado el retracto, se ha de entregar el bien comprado junto con la pertenencia, aunque durante ese tiempo hubiesen sido objeto de mejoras⁷⁶.

Por lo demás, si el deterioro o pérdida fueran producidos por un tercero, se subrogará el redentor en las acciones que competan al retraído.

Con idéntica orientación, el artículo 1097 C. C. precisa que “ la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados ”. De hecho, ya que sobre el vendedor exclusivamente recae el *periculum deteriorationis*, estando obligado al reembolso integral del precio incluso si el deterioro depende de un caso fortuito, es equitativo, por otro lado, que queden en su provecho o beneficio las accesiones naturales del bien que puedan haber aumentado su valor, según se recogía ya en la máxima *commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*, integrada en el *Digesto*⁷⁷.

Verbigracia el aluvión. El artículo 366 C. C. sanciona que pertenece al dueño de la heredad confinante con la ribera del río. Si la resolución vuelve las cosas al estado y ser que tenían antes de la venta, de ello se extrae que el comprador nunca ha sido propietario de ella y, en consecuencia, se aloja el acrecentamiento natural en el patrimonio del vendedor.

En relación con el tesoro, emolumento que la ley⁷⁸ atribuye al dueño del terreno sobre el que se descubre *iure soli*, salvo la porción adquirida en virtud del derecho de ocupación por su descubridor, otro tanto cabe argumentar.

El comprador, si se verifica la redención, sólo se ha aprovechado del tesoro como propietario *pendente condicione*; como su dominio se ha resuelto, se deben también borrar las utilidades o provechos que en su favor hubiera generado. Sería injusto que el comprador, al que la integridad del precio se le restituye, conservara alguna de las ventajas por la cosa producidas. Duranton

⁷⁶ § 498, primer párrafo B.G.B.: “ El retrovendedor está obligado a restituir al retrocomprador el objeto comprado con sus pertenencias. ”

En el segundo párrafo, se lee: “ Si el retrovendedor, antes del ejercicio del derecho de retracto, ha sido culpable de un menoscabo, de la pérdida o de una imposibilidad de restitución del objeto comprado debida a otro motivo, o si ha modificado esencialmente dicho objeto, es responsable del daño causado por esto. Si el objeto se ha menoscabado sin culpa del retrovendedor o si sólo se ha modificado de forma no esencial, el retrocomprador no puede exigir reducción del precio de compra. ” = *Código Civil Alemán*, traducido por C. Melón Infante, cit., p. 102.

⁷⁷ 50, 17, 10.

⁷⁸ Arts. 351 y 614 C.C.

arguye que el tesoro permanecería *sine causâ* en la mano del comprador, porque la causa que se lo había proporcionado se presume que nunca ha existido. Lo que no es considerado como fruto no debe corresponderle: *cessante causâ, cessat effectus*⁷⁹.

8.3.8. La figura del *ius retentionis*:

A pesar de que en la letra del referido artículo 453, 2 C.C. se concede al poseedor de buena fe el *ius retentionis*, para el caso de impago de los gastos necesarios y útiles realizados en el bien hasta que no se le satisfagan, no parece ahora necesario la llamada a este expediente. El desembolso de esas partidas es *conditio sine qua non* del ejercicio retractual, de modo que hasta el instante en que se produzca su abono y fructifique el rescate, la cosa seguirá en posesión - además de en propiedad - del comprador, quien afrontó los gastos que ahora reclama. El retracto no despliega sus efectos sino el día en que el vendedor se ha liberado de todas las cargas que comporta su ejercicio; mientras no llegue ese momento el comprador conserva el dominio de la *res*, tanto en lo que respecta a terceros, cuanto a las relaciones *inter partes*.

⁷⁹ *Cours de Droit Civil ...*, quatrième édition, tome neuvième, n° 425, p. 155.

ABRIR CAPÍTULO IX.-



CAPÍTULO IX:

EFFECTOS DEL EJERCICIO DEL RESCATE:

9.1. Su incidencia en materia de frutos de la cosa retraída (art. 1519 C. C.):

9.1.1. Los correspondientes a la fase de pendencia:

El derecho de retracto convencional opera como condición resolutoria moderadamente potestativa y, en principio, la lectura del artículo 1123, 1 C. C. parece indicar que las consecuencias que genera su advenimiento consisten en la retroacción, es decir, en la resolución con alcance retroactivo de los efectos del negocio-básico – retroactividad real o absoluta, entendiendo ambos adjetivos como sinónimos¹ –, toda vez que, conforme a su inapelable tenor: “cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido”; por ello, el comprador habría de devolver los frutos percibidos en tanto se hallaba en fase de pendencia el *ius redemptionis*, sin limitación alguna.

Por suponer una retroactividad real, *ipso iure*, automática, directa o inmediata – según tiene a bien confirmar la S. T. S. de 20 de mayo de 1943 en su considerando quinto –, cumplida la condición, las partes se colocan sin más en el exacto emplazamiento jurídico en que se situarían si aquélla se hubiera verificado al momento de celebrarse el negocio-básico. En consecuencia, y en respeto al rigor debido, los frutos percibidos durante la fase de interinidad del dominio por el adquirente deberían estimarse propiedad del sujeto en cuyo provecho o beneficio se hubiera obrado el cumplimiento de la condición.

Sin embargo, el artículo 1120, 1, segundo y tercer inciso C. C., en directa referencia a la condición suspensiva, dispone que “cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán

¹ Vid., al efecto, el trabajo de Álvarez Vigaray, R.: *La retroactividad de la condición*, en A. D. C., tomo XVII, Madrid, enero – marzo de 1964, p. 841.

compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó". Y ello da pie de nexo para cuestionarse, en el terreno de la teoría general, si la excepción relativa a la no restitución de los frutos mientras duró la pendencia resulta o no extensible a los negocios supeditados a una condición de corte resolutorio.

No existe al respecto una solución pacífica o unánime desde el punto de vista doctrinal, y así Manresa rechaza de plano la aplicación de dicho precepto a ella, es decir, da por supuesta la obligación de la restitución mutua, salvo pacto en contrario, puesto que - en su consideración - el legislador no destina a la condición resolutoria las excepciones y salvedades que para el principio de retroactividad contempla en sede de la suspensiva.

En apoyo de su argumento, agrega el mismo autor que, mientras el cumplimiento de la condición suspensiva ocasiona la eficacia de la obligación, el advenimiento de la condición resolutoria genera, de acuerdo con la retroactividad, la total inexistencia de la obligación. Por lo tanto, en la condición suspensiva, la retroactividad puede limitarse más o menos, siempre que produzca algunos efectos, al tiempo que en la condición resolutoria no ha de tolerarse que subsistan efectos de la obligación que se supone que no ha existido².

Por el contrario, conforme a otra opinión patroneada por Scaevola, es de estimar que la excepción referente a los frutos contenida en el artículo 1120 C. C., opera igualmente para la condición resolutoria – tesis sostenida también por Albaladejo³ -. Si bien reconoce Scaevola que dicha norma no tuvo presente el último tipo de condición, concluye que lo establecido en tal precepto para el deudor obligado unilateralmente, se debe aplicar asimismo para el acreedor que recibe y usa la cosa con obligación eventual de

² Manresa y Navarro, J. M^a: *Comentarios al Código Civil Español*, cit., tomo VIII, volumen I, sexta edición revisada por M. Moreno Mocholi, Madrid, 1967, p. p. 403 y 404.

³ *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, p. 265; también, en su obra *Derecho civil*, cit., tomo I, volumen segundo, decimocuarta edición, p. 309.

devolverla⁴.

Díez-Picazo parece mantener una postura ecléctica o de compromiso, que no le permite llegar de antemano a previsiones seguras, porque, luego de apelar a los artículos 1114 y 1123 C. C., parece pronunciarse a favor de una resolución con trascendencia o alcance absoluto, mas se apresta a dulcificar semejante tesis de conformidad con las características del caso concreto, esto es, atendiendo a los propósitos de las partes y a la naturaleza de la relación obligatoria que esté en cuestión; en vista de ello, las relaciones obligatorias duraderas imponen una resolución de simple efectos *ex nunc*, mientras que la resolución absoluta sólo procede respecto a las relaciones obligatorias momentáneas o pasajeras⁵.

Colabora a incrementar las dificultades que presenta la cuestión, como bien argumenta Álvarez Vigaray⁶, la comparación del artículo 1123 con uno de sus precedentes más inmediatos: el artículo 1041 del Proyecto de 1851. De los tres apartados de este último precepto, el tercero y el primero coinciden, respectivamente, con los apartados primero y segundo de aquél, cifrándose la diferencia señera entre ambos artículos en el contenido del apartado segundo del más antiguo, el que expresa que “la restitución se hará, además, con frutos e intereses, por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación”.

Según la transcrita regla del artículo 1041, 2 del citado Proyecto isabelino, la restitución de frutos quedaba restringida al supuesto de que una de las partes hubiera faltado al cumplimiento de la obligación, cláusula ésta que – prosigue el citado autor⁷ – de modo principal apunta a la resolución a resultas de la “lex commissoria”, dado que, en ella, la condición se cumple cuando el comprador desatiende su obligación de abonar el precio en el plazo acordado.

Ante la supresión de esta regla en el texto vigente, lo mismo que había

⁴ Scaevola, Q. M.: *Código Civil*, cit., tomo XIX, 2ª edición revisada por P. Marín Pérez, Madrid, 1957, p. p. 757 y 758.

⁵ Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., cuarta edición, volumen segundo, Madrid, 1993, p. 367; o junto con Gullón, A.: *Instituciones del Derecho Civil*, cit., volumen I/2, segunda edición, p. 128.

Vid., igualmente, Montés Penadés, V. L.: *Comentarios al Código Civil...*, dirigidos por M. Albaladejo, cit., tomo XV, volumen Iº, p. 1165.

⁶ *La retroactividad* ..., cit., p. 855.

⁷ Álvarez Vigaray, R.: *La retroactividad* ..., cit., p. 855.

hecho ya el Anteproyecto de 1882/88, se hace necesario – apunta Álvarez Vigaray⁸ - dilucidar si con semejante desaparición se ha querido borrar el principio incluido en la mentada disposición, de que tampoco se deben los frutos al cumplirse la condición resolutoria, o eliminar la excepción de que la restitución es pertinente en el caso de incumplimiento de la obligación.

“Ambas soluciones – sigue razonando el jurista⁹ - presentan la misma probabilidad. Por un lado, como la norma de referencia contenía, ante todo, una excepción (deber de restituir los frutos en el caso de incumplimiento), su supresión implica primordialmente la desaparición de tal excepción; pero, de otra parte, si el legislador se hubiera propuesto extender a todos los negocios sometidos a condición resolutoria la excepción de no restitución de frutos, lo hubiera hecho constar mediante una remisión análoga a las establecidas en los apartados segundo y tercero del artículo 1.123 del C. c.”

En atención a la dificultad de escudriñar la exacta y directa voluntad del legislador, Álvarez Vigaray opta por apelar a otro recurso, que consiste en examinar el artículo 1120 al intento de verificar la congruencia u oportunidad de la aplicación analógica de las reglas que diseña sobre restitución de frutos, y llega a la conclusión de que nada obstaculiza dicha operación. Asevera con palabras clarividentes que, “también cuando la obligación sometida a condición resolutoria es bilateral pueden considerarse compensados unos con otros los frutos e intereses, y cuando la obligación es unilateral, la voluntad del que la constituyó será, en la mayor parte de los casos, que el acreedor bajo condición resolutoria no tenga que restituir los frutos¹⁰”.

El empleo de un proceso de razonamiento inductivo nos conduce, luego del análisis de la teoría general de las condiciones resolutorias, al terreno específico del retracto convencional, cuyo triunfante ejercicio desata una resolución retroactiva, mas con la presencia de correcciones o límites en razón del conflicto de intereses en presencia, ejemplificados en el artículo 1519 C. C., o en el siguiente, referente al mantenimiento de la vigencia de cierto tipo de arrendamientos.

⁸ *La retroactividad ...*, cit., p. 855.

⁹ Álvarez Vigaray, R.: *La retroactividad ...*, cit., p. p. 855 y 856.

¹⁰ *Ídem*, p. 856.

Del artículo 1519 C. C. se extrae de forma implícita, y con talante dispositivo¹¹, que los frutos producidos por el bien *pendente condicione*, se le atribuyen de pleno derecho al comprador – o a su derechohabiente –, que los hace suyos y no está obligado a rendir cuentas de ellos al retrayente; cosa fructífera, por lo demás, que, a pesar de la redacción legal escogida – se habla de una finca –, engloba también a las de naturaleza mueble y semoviente susceptibles de generarlos.

El comprador con pacto de rescate, conforme sanciona el artículo 1468, 2 C. C., deviene propietario de todos los frutos desde el día de la celebración del contrato-básico. Y cuando a su título asocie un modo, es decir, tan pronto como se asista a la consumación de la compraventa por el concurso de la tradición, dichos frutos le corresponderán *ex iure dominii*, en méritos de los artículos 348 y 354 del mismo Código. El adquirente sustituye al vendedor en todos sus derechos – según el artículo 1511 C. C. –, y uno de tales se plasma en la percepción de las eventuales utilidades, productos y provechos de la finca.

La resolución *ex tunc* absoluta provoca la ficción de que el vendedor no ha dejado en ningún momento de ser dueño de la cosa, puesto que se le repone con carácter retroactivo en la titularidad de la posición jurídica transferida en su día al comprador, y éste se estima que no ha sido nunca propietario, de modo que debería devolver *prima facie* los frutos percibidos entre tanto – lo que, argumento ex artículo 451, 2 y 3 C. C., equivale a decir, en relación con los naturales e industriales, los alzados o separados, y, respecto a los civiles, los producidos *pendente condicione* –, si bien los paliativos o correcciones contemplados *ex lege* determinan, al no requerir con carácter cogente que el precio del rescate devengue interés, que este último se compensa con aquellos frutos percibidos hasta el ejercicio de la recuperación. Así, se evita la realización por ambas partes de recíprocas prestaciones, que se equilibran desde el punto de vista sustancial y económico;

¹¹ Los interesados pueden suprimir los límites señalados – la compensación a que se refiere el artículo 1120, 1, 2º inciso C. C. – a la fuerza retroactiva de la condición, e igualmente convenir el aumento de aquéllos o la exclusión por completo de la retroactividad – según se colige de la aplicación de los artículos 1255 y 1120, 1, tercer inciso *in fine* C. C. –.

se elimina la necesidad de practicar inútiles y pesadas devoluciones. En cambio, han de ser, sin ningún género de dudas, restituidos los intereses generados sobre el precio y los frutos percibidos de la cosa – o que hubieran podido ser percibidos mediando una diligencia media – a partir del instante de la práctica de la redención¹².

Es una “compensación tácita” – según certificaba Brunetti¹³ –, cuya existencia las partes pueden derogar, y que aparecía con rango legal en el artículo 635 del Proyecto de Pablo Gorosabel¹⁴, así como recibe igual sanción expresa en el derecho comparado contemporáneo, como en el artículo 1383 del Código Civil argentino, el 1096 del de Costa Rica o el 1753, 3 del uruguayo.

Representa, desde otro punto de vista, una compensación impropia¹⁵, puesto que opera de modo global, no hasta el importe de la concurrencia y, además, porque no exige en principio el requisito de la liquidez del art. 1196, 4º C. C. – la deuda de frutos constituye en todo caso una deuda ilíquida –.

La jurisprudencia reafirma la susodicha compensación en la S. T. S. de 26 de mayo de 1951, en cuyo considerando primero se incluye el siguiente argumento: “el retracto convencional significa un derecho de resolución de la compraventa por el cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida mediante la devolución del precio percibido, pago de los gastos que la ley señala y cumplimiento de las prestaciones que hubiesen pactado los contratantes; y una vez ejercitada aquella facultad por el vendedor, se produce la resolución del contrato con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiese adquirido la cosa y el vendedor no la hubiese enajenado, aunque con arreglo al artículo 1519 del Código Civil, no están obligadas las partes a devolverse los provechos obtenidos¹⁶”.

En el mismo sentido, una pronta confirmación se extrae asimismo de la

¹² Vid. el considerando quinto de la S. T. S. de 11 de junio de 1887.

¹³ *Del riscatto convenzionale* ..., cit., nº 73, p. 133.

¹⁴ “Esta devolución de la cosa debe hacerse por el comprador en el estado en que la recibió, sin más gravámenes que los que entonces tenía: los frutos que produce en su poder serán suyos, y el vendedor no debe interés alguno por el precio recibido.” = *Redacción del Código Civil de España*, por D. Pablo Gorosabel, cit., p. 142.

¹⁵ Carrasco Perera, A.: *Restitución de provechos (I)*, en A. D. C., tomo XL, fascículo IV, octubre – diciembre de 1987, p. 1118.

¹⁶ Igualmente esclarecedor, a este respecto, es el considerando cuarto de la S. T. S. de 30 de octubre de 1946.

previsión normativa del artículo 1518, 2º C. C., que restringe el reembolso de las impensas a los gastos necesarios y útiles realizados en la cosa. A cargo del comprador son, por ende, los gastos de ordinaria gestión, pues corresponden a quien hace suyos los frutos del bien¹⁷.

La fuerza retroactiva del cumplimiento de la condición afecta a los actos de disposición acometidos por el comprador durante la fase intermedia, pero no a los simples actos de administración. Los primeros se presentan sometidos a las mismas eventualidades a las que se halla expuesta la posición jurídica del comprador y, en consecuencia, sus efectos son proclives a experimentar la resolución cuando se cumpla la condición, según la regla *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*. No obstante, la ineficacia de tales actos, realizados *pendente condicione* por la persona que conserva el poder de disposición sobre la cosa – el adquirente bajo condición resolutoria –, por perjudicar al derecho de dominio que renace en el retrayente cuando utiliza el rescate, admite su conversión en plena eficacia cuando preste al acto su consentimiento el titular del derecho recuperador, ya de forma simultánea a la conclusión de dicho acto, ya posteriormente.

9.1.2. Frutos pendientes al tiempo de la redención:

El artículo 1519 C. C., por otra parte, resuelve de forma explícita el asunto de la atribución de los frutos cuyo período de producción no se acote exactamente dentro del término retractual, es decir, de aquellos que resulten pendientes en la hora del ejercicio del poder redentor.

9.1.2.1. La hipótesis de la existencia, también, de frutos manifiestos o nacidos al suscribirse el contrato-básico:

En la primera de las reglas que contiene, se ocupa del supuesto en que hubiera habido, en el momento de la celebración de la venta, frutos

¹⁷ Vid. los artículos 356 y 455 C. C.

manifiestos o nacidos de la cosa, que equivale a decir tanto como – argumento ex artículo 357, 1 C. C. – frutos naturales o industriales existentes entonces. En lo atinente a los frutos civiles, de conformidad con el artículo 451, 3 del mismo texto, se consideran producidos por días, de manera que al comprador se le asignan los relativos al intervalo temporal en que fue *verus dominus*, sin mayores dificultades en orden a su señalamiento y distribución.

Si, pues, comparecen frutos manifiestos o nacidos tanto en la celebración del contrato-básico como con simultaneidad al retracto, el artículo 1519, 1 C. C. prescribe la compensación de ambos: los primeros son para el comprador, y los segundos para el vendedor. Merced a la perfección de la venta el provecho de la *res vendita* favorece al adquirente, y, a través de la realización del rescate, dicho provecho revierte al retrayente, de suerte que se asiste a la nivelación o contrapeso de ambos títulos de percepción.

Ha preferido el legislador – sin reparar en que la cuantía y calidad de los frutos manifiestos o nacidos en las dos etapas temporales pueda resultar desigual y, por ello, acontezca un potencial abandono de la equidad – sancionar un criterio simple, carente de cálculos y desprovisto de prolijidades, ajeno al prorrateo. Empero, si dichos frutos manifiestos o nacidos al tiempo de la venta se tomaron en consideración como un suplemento para fijar el precio del contrato-básico, dicha cantidad habrá de serle devuelta al comprador con motivo de la redención del bien fructífero. O, si se prefiere, utilizando las palabras de Manresa¹⁸, en la dicción legal se encuentra implícita la condición de que por razón de dichos frutos no se hubiera desembolsado en su momento, al celebrarse la venta, indemnización alguna, porque, de lo contrario, asimismo debe mediar ésta al rescatar, precisión acogida por el artículo 1617, 1 *in fine* del Código Civil filipino¹⁹.

No contempla el C. C. la contingencia de que, habiendo existido frutos pendientes en la época de la venta, no los haya cuando se utilice el retracto

¹⁸ *Comentarios...*, cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. p. 489 y 490.

¹⁹ “ If at the time of the execution of the sale there should be on the land, visible or growing fruits, there shall be no reimbursement for or prorating of those existing at the time of redemption, if no indemnity was paid by the purchaser when the sale was executed “.

convencional, por lo que no es pertinente ni compensación ni abono, y se beneficiará de ellos el comprador, a no ser que se opine que el valor relativo a estos frutos se hallaba ya incluido en el precio del contrato-cimiento.

9.1.2.2. El supuesto de la inexistencia de frutos al celebrarse el contrato-básico:

Si no hubo tales frutos manifiestos o nacidos coetáneamente a la venta, sino sólo con ocasión del rescate, entonces, la ley se pronuncia a favor de un criterio de reparto de los mismos *pro rata temporis*²⁰, tomando como base para el cálculo el tiempo que posean el bien el retraído y el retrayente, al respective, en el último año a contar, no desde la venta – como señala literalmente el artículo 1519, 2 C. C.²¹ –, sino desde el último aniversario de la misma – según sostenía con mayor corrección técnica el artículo 1448 del Proyecto de 1851²² –.

El año al que se refiere el precepto es el año civil o del calendario, y no el correspondiente al ciclo productivo, o natural de cosecha a cosecha, en función de la diferente clase de frutos, como se ha propugnado por un concreto sector doctrinal, tanto en el pasado cuanto en el presente²³.

Faus Condomines esboza y alaba las bondades de semejante sistema, que atiende al año agrícola – acotado según el uso y práctica del buen

²⁰ Se adopta así, mediante aplicación analógica, el precedente del *Digesto* (24, 3, 6 y 7) sobre prorrateo de frutos de los fundos dotales inestimados, en caso de divorcio. Juega, asimismo, el principio *ubi periculum ibi est lucrum*, contenido en el *Código de Justiniano* (6, 2, 22, párrafo 3º) y en *Las Partidas* (7, 34, 29).

²¹ Ya el artículo 1546 del Anteproyecto de 1882/88, recoge la fórmula actual: “ Cuando al celebrarse la venta hubiere en la finca frutos manifiestos o nacidos, no se hará abono ni prorrateo de los que haya al tiempo del retracto.

Si no los hubo al tiempo de la venta, y los hay al del retracto, se prorratearán entre el retrayente y el comprador, dando a éste la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, a contar desde la venta ”. = Lasso Gaité, J. F.: *Crónica* ..., cit., p. 703 y 704.

²² “ Cuando, al celebrarse la venta, había en la finca frutos manifiestos ó nacidos, no se hará abono ni prorateo de los que haya al tiempo del retracto.

Si no los hubo al tiempo de la venta y los hay al del retracto, se prorratearán entre el retrayente y comprador, dando á este la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, el cual se empezará á contar desde el aniversario de la celebracion de la venta ”. = García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 422.

²³ García Goyena, F.: *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 422; Gutiérrez Fernández, B.: *Códigos* ..., cit., Tratado de las Obligaciones, primera edición, tomo cuarto, Madrid, 1877, p. 362; García Cantero, G.: *Concepto de frutos en el Código Civil Español*, en R. D. N., julio – diciembre de 1955, p. p. 188 y 220. Igualmente en *Comentarios* ..., cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 619; Faus Condomines, J.: *Del contrato de empenyament*..., cit., p. p. 181 a 183; Rivero Hernández, F.: *Elementos de Derecho Civil* de J. L. Lacruz Berdejo, cit., Derecho de Obligaciones, volumen segundo, tercera edición, p. 81.

cultivador en la respectiva comarca -, menos proclive que el presente, bien cierto es, a favorecer consecuencias inequitativas²⁴, y más acorde con el ciclo generativo de los bienes, pero cuya admisión *de lege data* se revela imposible²⁵. El Código no adopta, al respecto, una fórmula similar a la que para el poseedor de buena fe sí emplea en su artículo 452, 1, al igual que para el arrendatario lo hace el 1571, 2.

Analiza, por lo demás, dicho autor, con detenimiento y agudeza, el nacimiento y finalización de ese ciclo o período productivo, que se inicia con “la primera labor empleada en la tierra directamente para producirlo, hasta el día de la recolección del fruto, repartiéndolo entre recuperante y retrovendedor en proporción del tiempo que respectivamente habrán poseído la finca durante aquel período de tiempo²⁶”, y lo estudia, a modo de ejemplo, en el trigo, la uva y las aceitunas.

Respecto al trigo, *verbi gratia*, cuenta que la primera operación que ha de afrontarse para su obtención es barbechar el campo, y luego sembrarlo, escarbarlo y segarlo. El barbecho, a su vez, comprende, antes de nada, la roturación, es decir, el alzamiento de los rastrojos de la última cosecha. Para el reparto, por lo tanto, en consonancia con su sistema, habría de acotarse el *iter* temporal transcurrido desde la roturación hasta la siega, y atribuir la cosecha pendiente proporcionalmente al retrayente y al retraído, a tenor del respectivo tiempo de posesión del terreno en dicho ciclo²⁷.

Se destierra así, definitivamente, una postura sostenida por Pothier²⁸, conforme a la cual, los frutos pendientes al ejercitarse el rescate le correspondían al vendedor-retrayente, con obligación de indemnizar al comprador-retraído por los gastos de cultivo, sobre la base directa constituida por las costumbres de Auvergne, la Marche, Lodunois – referidas ex profeso al *ius redemptionis* -, así como la mediata de las de París y Orléans – relativas al retracto gentilicio -.

²⁴ *Del contrato de empenyament* ..., cit., p. p. 181 y 182.

²⁵ Ysas Solanes, M^a.: *Comentarios*..., cit., tomo XXX, p. 648; Rubio Torrano, E.: *El pacto de retroventa*, cit., p. p. 236 y 237.

²⁶ Faus Condomines, J.: *Del contrato de empenyament* ..., cit., p. 182.

²⁷ *Ídem*, p. p. 182 y 183.

²⁸ *Oeuvres de Pothier* ..., cit., deuxième édition, tome troisième, n^{os} 408 y 409, p. p. 170 y 171.

9.1.2.2.1. *Ratio de la norma:*

El fundamento último del criterio asumido por el artículo 1519, 2 C. C. reposa en una doble justificación: en primer lugar, en la prosecución de un objetivo de ecuanimidad, en evitación de que el comprador experimente un perjuicio y de que se atente contra la regla enunciada de la compensación tácita de los intereses del precio con los frutos de la cosa. En la producción de los manifiestos o nacidos en el momento del rescate, el ahora retraído ha empleado su tiempo y gastado su dinero, por lo que no se antoja ecuánime que el retrayente se alce sin más con ellos. Por otro lado, si en el último año, durante una fase del mismo, el redentor ha disfrutado de los intereses del precio, parece también razonable que el sujeto pasivo del rescate tenga derecho o goce entre tanto de los frutos, por cuanto han de serle atribuidos los que estén manifiestos o nacidos en la época del retracto en la proporción correspondiente a dicho intervalo temporal transcurrido, a fin de conjurar descompensaciones patrimoniales *inter partes*.

En cualquier caso, y como refiere García Goyena²⁹, en el repartimiento o distribución de los frutos, los interesados deben deducir y abonarse respectivamente los gastos hechos para obtenerlos, por constituir máxima constante en derecho que no se entiende por fruto *nisi quod, deductis impensis, superest*. Con anterioridad al prorrateo de los frutos, será menester, por lo tanto, la obtención de un producto líquido, para lo que habrá que descontar los gastos de producción, que alcanzan tanto a los realizados por el comprador para la siembra, como a los asumidos por el vendedor por mor de la recolección.

Al lado de semejante razón, coexiste otra de utilidad o bienestar social – aducida por Scaevola³⁰ -: si el comprador, en caso de recuperación, no recibiera una parte de los frutos pendientes entonces, es imaginable colegir que se abstuviera durante el año del vencimiento retractual de realizar cualquier gasto de cultivo, y no centrarse su esfuerzo en laborar la finca, a

²⁹ *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 422.

³⁰ *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. p. 432 y 433.

sabiendas de que pudiera verse privado de esos potenciales frutos, de modo y manera que acaecería un empobrecimiento de los rendimientos conjeturables del bien. Es más probable que cultive el fundo si el prorrateo subviene a sus legítimas expectativas.

9.1.3. Frutos todavía no pendientes en el instante del rescate:

Por último, en lo que respecta a los frutos que aún no se encuentran pendientes, que no aparecen manifiestos o nacidos, lo cual significa que, en rigor, todavía, no son frutos – ex artículo 357, 1 C. C. -, el titular retractual deberá al retraído no más que los gastos practicados por esa razón, en nuestro caso los destinados a su producción – artículo 356 C. C. -, encarnados por García Goyena³¹ “en la preparación de tierras y sementera”.

Sin embargo, el reembolso de tales gastos se halla ya contemplado *ex lege*, puesto que el artículo 1518 C. C., en su postrero número, dispone que han de satisfacerse al comprador los gastos necesarios y útiles que haya hecho en la cosa vendida, entre los cuales pueden encuadrarse de forma pacífica esos de preparación de tierras y sementera.

En conexión con ello, el artículo 328, 6 de la Compilación Catalana incluye en la nómina de cantidades que satisfacer por el retrayente: “los gastos de cultivo relativos a la producción de los frutos pendientes al tiempo de la redención, salvo que el redimente autorice al titular de la propiedad gravada a recogerlos a su tiempo”. Y semejante regla legal se emplea, tanto si al celebrarse la compraventa concurrían frutos pendientes, como si no existían entonces éstos. Se aplica la regla de la accesión, en virtud de la cual quien es *dominus* del suelo - el ahora retrayente - es igualmente propietario de lo que genera, y el comprador sólo ostenta el derecho a la consecución de una indemnización por las sumas empleadas, con la salvedad apuntada. En el supuesto de que el comprador venga autorizado para recoger la cosecha, no se desembolsará cantidad alguna por gastos de cultivo, por lo que aquél habrá

³¹ García Goyena, F.: *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 422.

recibido el rendimiento o pérdida atinente al último año agrícola.

Ysas Solanes se interroga acerca de “si el comprador puede permanecer en posesión de la finca, cuidando de la misma una vez pagado el precio por el vendedor y, en este caso, si el comprador habrá de satisfacer intereses por dicho precio hasta que haya recogido los frutos y dejado la posesión de la finca”. Y cree, en una toma de posición que suscribo, que, al objeto de que al comprador le quepa la recogida de los frutos una vez retraído el fundo, “será necesaria la autorización del vendedor-redimente, de lo cual podemos deducir que también se habrán pactado las condiciones para que el comprador (los) haga suyos³²”.

Por su parte, la ley 582 de la Compilación Navarra estatuye que “para la atribución de los frutos en el ejercicio de este derecho (el de redención), se aplicará lo establecido en las Leyes 353 y 354”.

De la contemplación de ambas leyes se extrae que el retraído, en general, debe restituir al retrayente los frutos por él percibidos pero no consumidos³³. Y cuando el rescate se proyecte, en particular, sobre una heredad fructífera, le corresponderán dichos frutos como aparentes al retraído, de acuerdo con las reglas siguientes:

1º. Si la finca es de tierra blanda o destinada al cultivo de cereales, siempre que el rescate se produzca después de la festividad de la Anunciación de Nuestra Señora, el 25 de marzo.

2º. Si se trata de viñas u olivares, con tal de que se efectúe la recuperación después del día 24 de marzo.

3º. En todo otro tipo de cultivo, supuesto que el retracto se opere después de que los frutos se consideren aparentes según los usos del lugar.

Y si los frutos le perteneciesen al redentor, deberá éste abonar al retraído los gastos referentes al cultivo y labores³⁴.

³² *Comentarios...*, cit., tomo XXX, p. 650.

³³ Ley 353, 2. C. N.

³⁴ Ley 354 C. N.

9.2. La repercusión en los gravámenes y arrendamientos concertados sobre la cosa:

9. 2. 1. Encaje del artículo 1520 C. C. en la noción de condición resolutoria simplemente potestativa:

El artículo 1520 C. C. es consecuente con lo disciplinado en el 1510, que sanciona el carácter real del *ius redemptionis*, y prescribe que el vendedor, ejercitado que sea el rescate, recibirá el bien libre de toda carga e hipoteca impuesta sobre el mismo por el comprador.

Se compagina a la perfección dicho precepto con la construcción del derecho de retracto convencional como condición resolutoria moderadamente potestativa, pues al realizarse la actualización de su contenido por su exitosa utilización – que, por ser un derecho de tracto único, implica la consumación o extinción de tal poder recuperador – acontece la resolución o cesación de los efectos jurídicos del contrato-básico, de modo que el vendedor (recte: el titular retractual) ve realizada su expectativa a la readquisición del bien y la restauración de la posición jurídica que ostentaba previamente a la compraventa. Se concilia, así, el estado de cosas con la retroactividad de la condición, dulcificada por ciertas correcciones o limitaciones ya reseñadas, cual la compensación de los frutos del bien – percibidos por el comprador – con los intereses del precio – disfrutado por el enajenante – (argumento ex artículo 1518 C. C.), o las normas acerca de las mejoras introducidas en la res (el propio artículo 1518), así como las referentes al prorrateo de frutos (art. 1519 C. C.).

Se supone o finge que el contrato-básico no se ha celebrado, y se eliminan todos los actos o negocios acometidos *pendente condicione* por el adquirente – o causahabientes – en cuanto frustren la colocación del vendedor – retrayente – en el mismo estado jurídico que le vinculaba entonces, al tiempo de la venta, con la cosa, si bien la mentada retroactividad recibe una específica corrección, como lo demuestra la subsistencia *ope legis* de los arrendamientos impuestos por el comprador – o sucesivo titular

del bien -.

De igual manera, concurre otra excepción al principio de la retroactividad del rescate, la relativa a la purga de las hipotecas realizada por el comprador sobre el inmueble vendido. El ejercicio del retracto no invalida la liberación efectuada por aquél, de suerte que el redentor recupera el bien exento de las mismas, y éstas quedan definitivamente canceladas.

La resolución de los efectos del negocio-básico alcanza a los efectos mediatos que generó si el vendedor era *dominus*, que son los efectos reales/transmisivos, y que convirtieron, a través de la tradición, al comprador en propietario. En una palabra, el ejercicio cabal, en tiempo y forma convenientes, del retracto convencional provoca *ipso iure* la pérdida por el comprador – retraído – del dominio (sin necesidad de nueva tradición), y la recuperación de ese mismo dominio, simultáneamente, por el retrayente. Es decir, cumplidas las exigencias de los artículos 1507 y 1518 C. C., la readquisición en manos del retrayente obra automáticamente por intervención de la condición resolutoria, y se asiste a una revocación real, de forma que el mismo puede desde luego blandir la acción reivindicatoria³⁵.

La readquisición del vendedor – redentor – participa de carácter originario, por lo que no es necesaria la segunda tradición a fin de recuperarse el dominio del bien, es decir, no se aplica el artículo 609 ni el 1.095 C. C., preceptos que sólo procedería invocar si se postulase – como hace la S. T. S. de 30 de octubre de 1946³⁶ – la naturaleza derivativa de la readquisición.

Como las obligaciones dimanadas del contrato-cimiento – en particular, la de entregar la cosa por parte del vendedor – tenían por objeto un *dare* con finalidad traslativa, puede argumentarse que el retrayente hace regresar a sí el dominio del bien de manera automática por exclusión, eliminación o remoción de la causa que apoyaba, o en virtud de la cual se justificaba, dicha tradición.

³⁵ Lo apoyan la S. T. S. de 9 de febrero de 1878 – considerando segundo – y la R. D. G. R. N. de 26 de mayo de 1925 – considerando séptimo –.

³⁶ Razona en su considerando segundo: “ Que la mera declaración de haber lugar al retracto convencional no es por sí sola eficaz para que la propiedad de la cosa objeto del retracto, pase del primitivo comprador, al retrayente, pues la sentencia no figura entre los medios de transmitir la propiedad reconocidos en el artículo 609 del Código Civil, ... ”; apostilla en el considerando tercero que: “ ni el artículo 1.507 ni el 1.518 del Código Civil establecen modo distinto de transmitir la propiedad que los consignados en el 609 citado, ... ”

Tan es así, que la tradición se requeriría para recuperar la posesión de la cosa, mas no para readquirir su propiedad. Al efecto de recobrase la posesión, cabrá fundar la acción al respecto en el artículo 1123, 1 C. C.

El artículo 1520 C. C. incurre una vez más, como otros preceptos anteriores, en el reduccionismo de incluir en su enunciado las palabras <<vendedor>> y <<comprador>>, sin reparar en la naturaleza patrimonial, perfectamente transmisible, tanto del *ius redemptionis* cuanto del dominio – o derecho transmitido: la posesión si el enajenante no era *dominus* – sobre la cosa. Debiera referirse al titular retractual, es decir, a todo aquel a quien le quepa ejercitar el rescate por virtud del derecho derivado de la venta con la cláusula redentora, y no citar al titular forzoso originario, al vendedor, sino utilizar un calificativo más omnicomprensivo, que alcanzase a los posibles herederos o cesionarios de éste.

A su vez, el comprador puede haber transmitido mediante negocio jurídico la cosa a un tercero – por acto *inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o gratuito –, por lo que procedería mencionar al adquirente inicial o sucesivos titulares de la propiedad del bien, como reza en el artículo 327, 2, primer párrafo de la Compilación Catalana.

9.2.2. Cargas e hipotecas:

El artículo en estudio se centra en la carga o hipoteca impuesta por el comprador sobre el bien vendido³⁷. Con esa elección terminológica se incide en una redundancia, dado que la hipoteca es una carga³⁸. Engloba a todo tipo de *iura in re aliena* concertado *pendente condicione* sobre la cosa por quien en cada momento ostente el dominio respecto a ella. No tolera que subsista, llegado el rescate, ninguna clase de carga o límite al derecho de propiedad del retrayente, lo cual alcanza, *a fortiori*, a los derechos de naturaleza personal

³⁷ En parecidos términos, el art. 1673,2 del *Code* francés, el 1505 del *Codice* italiano de 1942, o el 327,2, primer párrafo Comp. Cat.

³⁸ En tal sentido, el artículo 635 del Proyecto de Gorosabel y el 1123 del Proyecto de 1836 se referían sólo a los “gravámenes”; o el artículo 1544, 2 del Código venezolano, que cita únicamente a las “cargas”.

surgidos *medio tempore*.

Se pueden entender, pues, insertados en la palabra “carga” todos los derechos reales de disfrute, que, a tenor de la lista elaborada por Scaevola³⁹, son los de usufructo, uso, habitación, servidumbre, censo reservativo⁴⁰, superficie y enfiteusis, amén del arrendamiento inscrito.

El vocablo “hipoteca” cobija en su seno a los derechos reales de garantía, que el ya citado autor⁴¹ cifra en la propia hipoteca⁴² - y, aunque no lo precise, hay que señalar que resulta aplicable tanto a la mobiliaria cuanto a la inmobiliaria -, el censo consignativo y la anticresis. A los que es menester agregar la prenda con o sin desplazamiento. La totalidad de estos derechos queda, a partir de su nacimiento, afecta a la propia temporalidad del dominio, transmitido con pacto de posible resolución.

En esto se muestra lógico y coherente el texto normativo. Si el retrayente puede recuperar el dominio de la cosa de cualquier tercero, en función de la potestad temporal que se reservó de resolver el contrato-básico, lo cual supone el desvanecimiento del derecho real por excelencia, el más fuerte, la propiedad, con mucha mayor razón le será factible provocar la resolución de los derechos reales fraccionarios, de contenido menos potente y enérgico. Los actos de disposición que el comprador - o causahabientes -, en aplicación de su derecho, acometan respecto a la *res vendita*, sean enajenaciones a título oneroso o lucrativo, la constitución de derechos reales, etc..., aparecen supeditados al advenimiento o no de la condición resolutoria con la que ellos mismos adquirieron (S. T. S. de 7 de diciembre de 1925 - considerando segundo -).

El carácter claudicante o resoluble del derecho que exhibe el propietario de la cosa - que puede extinguirse por el cumplimiento de la condición resolutoria, o consolidarse por su incumplimiento -, actúa como impronta, y alcanza de rechazo, también, a la esencia y sustancia de los derechos que se

³⁹ *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 436.

⁴⁰ Al censo apuntaba expresamente el artículo 638 del Proyecto de Gorosabel.

⁴¹ Scaevola, Q. M.: *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 436.

⁴² Respecto a la hipoteca del bien vendido con pacto de retro por el comprador, se estudia con detenimiento *supra* en el epígrafe 6.1.1.5.1. También se analiza, en el epígrafe 6.2.3., la hipoteca por el vendedor de su derecho de rescate.

desgajan del dominio, por aplicación de la regla <<*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*>>, siempre con el debido respeto a los imperativos hipotecarios, porque, según apunta García Goyena⁴³, “ninguno puede pasar a otro más derecho del que él mismo tiene; ni debo ser de mejor condición que aquel de quien derivo mi derecho”. El ejercicio del rescate repone las cosas, en la medida de lo posible, en idéntico estado al en que se encontrarían si la venta-básica no hubiera tenido lugar, de forma que al comprador se le reputa que nunca ha sido propietario, y al vendedor que nunca ha dejado de serlo, por cuanto los derechos reales instaurados por el comprador, habiendo sido establecidos *a non domino*, decaen. En una palabra, los terceros sólo habrán adquirido respecto al bien un derecho válido si fueran causahabientes del vendedor.

Se obra, por mediación del uso del poder recuperador, una resolución del título de adquisición *ex causa antiqua et necessaria*, no *ex causa nova et voluntaria*. La primera es *a nativitate* una limitación – intrínseca – de la transferencia dominical, al tiempo que la segunda obedece al hecho posterior y sobrevenido de una de las partes. Si la facultad de rescate se ha instaurado a través de una convención posterior en el tiempo al contrato-básico, es decir, si se ha acordado *ex intervallo*, entonces se traduce en la práctica en una verdadera promesa de reventa que el comprador hace al vendedor. Este último, por ende, devendría propietario de esa finca en razón de un nuevo título, la readquiriría con la carga de las hipotecas y otros derechos reales que le hubieran sido impuestos en el ínterin por el comprador o causahabiente.

El retrayente que recobra su condición de *dominus* del bien en virtud del empleo de la facultad de rescate concertada *in continenti*, vuelve a ser propietario en el mismo título en el que lo era con anterioridad a la venta – no adquiere la cosa del comprador –, luego el bien retraído reasume las mismas cualidades y condicionamientos que tenía al momento de celebrarse el contrato-nodriza, por lo que si la cosa enajenada a retro pertenecía entonces a uno de los hoy esposos como propia, casados en régimen de comunidad de bienes con posterioridad a la venta, seguirá siendo privativo a partir de la

⁴³ *Concordancias* ..., cit., tomo III, p. 416.

redención, al corresponder el derecho de rescate a uno solo de los cónyuges, según corrobora el artículo 1346, 4º C. C.

En suma, los actos de disposición – es decir, aquellos que provocan la enajenación o gravamen de la cosa – efectuados en la fase de pendencia *ex parte emptoris* se resuelven no bien se ejercita felizmente el retracto convencional. En cambio, debe postularse que los actos de administración desplegados por el titular interino mantienen su eficacia en términos generales, al menos en tanto en cuanto signifiquen la conservación del objeto retraído o una explotación estándar o normal del mismo, a tenor de los sólitos patrones de una conducta tildable de buena fe.

La actuación del rescate ocasiona automáticamente la disolución – resolución – de las relaciones jurídicas que hubieran podido constituirse – de los derechos adquiridos y de las obligaciones contraídas -, esto es, la cesación de la situación provisional generada por la consumación del contrato-cimiento, y acarrea la readquisición del bien por el ejercitante, sin que para ello se revele necesario un nuevo acuerdo de voluntades. Ello acontece por mandato normativo, pues no se precisa un pronunciamiento judicial que sancione la resolución. Sin embargo, si la parte afectada aduce que la condición no se ha verificado, el interesado habrá de recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que se pronuncie al respecto, y se le solicitará al mismo una declaración de que la resolución se ha producido, en una sentencia simplemente declarativa. Ahora bien, si el manejo del principio de la fe pública registral (art. 34 L. H.) aboga en favor del mantenimiento de alguna de esas cargas, se debería indemnizar al retrayente por los perjuicios irrogados.

No se trata de que nadie se encuentre compelido a liberar la finca de los gravámenes impuestos, sino que semejante liberación surge por ministerio legal, aunque el precio abonado en concepto de redención se verá afecto, hasta donde alcance, al pago, liberación o purga de semejantes gravámenes, según tiene a bien reconocer el artículo 327, 2, primer párrafo de la Compilación Catalana⁴⁴.

⁴⁴ “ Aquesta norma deriva del principi segons el qual el dret de recobrar una finca venuda a carta de gràcia no és una nova venda, sinó la resolució del contracte pactat. Per això, l’art. 327.2 CDC concedeix dues accions: la que permet

Diferente es el estado de la cuestión en Alemania, donde, a partir de la caracterización de la retroventa como una segunda venta inversa a la primera sujeta a condición suspensiva, su § 499 B. G. B. determina que, si el comprador ha dispuesto del objeto comprado antes del ejercicio del retracto, vendrá obligado a eliminar, cuando se utilice éste, los derechos adquiridos por los terceros sobre el bien en virtud de su acto de disposición. De no poder hacerlo, se encuentra constreñido a satisfacer la correspondiente indemnización.

Al cabo, el comprador – retraído – se halla obligado a entregar la cosa al vendedor – retrayente –, al objeto de que éste recupere la posesión del bien, de modo que responderá aquél de los perjuicios causados al mismo por dolo o culpa, pero no por caso fortuito.

9.2.3. La pervivencia de ciertos arrendamientos:

El artículo 1520 *in fine* C. C. se refiere, para decretar su mantenimiento, a los arriendos que el comprador haya hecho de buena fe y según costumbre del lugar en que radique el bien⁴⁵. Dicha salvedad, que para Rubio Torrano⁴⁶ no se antoja de fácil interpretación, si ha de entenderse armónicamente con el resto del precepto, impulsa a pensar que la conjunción adversativa “pero” entraña una excepción respecto a la regla implícita⁴⁷ al inicio del precepto, relativa a los derechos en favor de terceros otorgados por mediación de un negocio de eficacia puramente obligatoria. Según se señaló con anterioridad, si la utilización del rescate genera la resolución de los *iura in re aliena* creados

al rediment alliberar els gravàmens i la que afecta el preu de la redempció a les corresponents indemnitzacions.” = Roca i Trias, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., volum I, 5ª edició, p. 166.

⁴⁵ Difiere el actual artículo 1520 *in fine* C. C., en su redacción, del artículo 1547 del Anteproyecto de 1882/88 y del 1449 del Proyecto de 1851, en un signo de puntuación, un punto y coma en lugar de la simple coma delante de la conjunción adversativa <<pero>>. Rezaba así el artículo 1547 del Anteproyecto: “El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador; pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe y según costumbre del lugar en que radique.” = Lasso Gaité, J. F.: *Crónica ...*, cit., p. 704.

Prescribía el 1449 del Proyecto de 1851: “El vendedor que recobra la cosa vendida, la adquiere libre de toda carga ó hipoteca impuesta por el comprador; pero estará obligado á pasar por los arriendos que este haya hecho de buena fé y segun costumbre de la tierra.” = García Goyena, F.: *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 424.

⁴⁶ *El pacto de retroventa*, cit., p. 238; y en los *Comentarios del Código Civil* del Ministerio de Justicia, cit., tomo II, p. 1006.

⁴⁷ García Cantero, G.: *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 623.

pendente condicione sobre el bien, con mucha mayor razón se extenderá la máxima <<*resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*>> a los derechos de corte no más que personal; naturaleza que no se modifica porque el artículo 2,5º L. H., a título de excepción, contemple la inscripción de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

9.2.3.1. Soporte de la subsistencia de esos arriendos:

¿Cuál es la justificación que puede apoyar el mantenimiento de esos arrendamientos, que han de cumplir cumulativamente los dos requisitos contemplados: ser de buena fe y conformes a la costumbre local?

No se muestra acertado como argumento defender que crea a favor del arrendatario un derecho de naturaleza personal – como hace Scaevola⁴⁸ –, y que por lo tanto se conserva. Si decaen los derechos reales, con un contenido más fuerte, cómo no han de desaparecer los derechos de crédito. Por otra parte, si se sostiene semejante teoría, la retroactividad no se aplicaría a ninguno de ellos, lo que haría ociosa la conjunción adversativa.

Tampoco se manifiesta correcto, a fin de sustentar la excepción vista, la consideración del arrendamiento como un acto de administración, lo cual, a pesar de su indiscutible veracidad, nada importa en el presente estadio de análisis, puesto que de lo que se discute ahora es de su eventual eficacia tras la resolución de la compraventa-básica.

La razón más plausible es la que centra la defensa de la excepción en un motivo de conveniencia pública, como la protección del interés de la agricultura⁴⁹, así como el de los propios interesados, porque – según

⁴⁸ *Código* ..., cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. p. 436 y 437.

⁴⁹ Así, Burón Gacia, G.: *Derecho Civil Español* ..., cit., tomo III, p. 845; Serrano, E.: voz "retracto convencional" ..., cit., p. 505; Oyuelos, R.: *Digesto* ..., cit., tomo VI, p. p. 282 y 283; Casals Coldecarrera, M.: *El pacto de retro* ..., cit., p. 63; Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios* ..., cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 492; Puig Peña, F.: *Tratado de Derecho Civil Español*, cit., tomo IV, volumen II, 2ª edición, p. 163; O' Callaghan Muñoz, X.: *Código Civil* ..., cit., 1ª edición, p. 1454; etc...

Igualmente, es el parecer de los comentaristas galos = *vid.*, Duranton: *Cours de Droit Civil*, cit., quatrième édition, tome neuvième, nº 426, p. 155; Troplong: *Le Droit Civil expliqué* ..., cit., quatrième édition, tome second, nº 776, p. p. 278 y 279; Colmet de Santerre: *Cours* ..., cit., tome septième, nº 119, p. p. 160 y 161.

argumenta García Goyena⁵⁰ - existen arriendos que, según costumbre de la tierra, no se suscriben sino por períodos algo largos, de suerte que le sería harto difícil al comprador hallar arrendatarios sin la seguridad consignada en el artículo, y el vendedor mismo tiene interés, luego del rescate, en encontrar la finca arrendada tan bien como él habría podido arrendarla.

Brunetti⁵¹ postula que no encierra la salvedad referida, basada en un principio de equidad y de justicia – aunque Navarro Pérez mantenga que esta excepción es infundada y propicia el abuso⁵² –, en rigor, una excepción al efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida, sino que se aprecia la existencia de un mandato tácito de administrar conferido por el vendedor al comprador, y le incumbe al primero de ellos la facultad de ratificar todos los actos efectuados de buena fe por el segundo, dentro de los límites del mandato mismo. Tamaña argumentación se presenta desprovista de cualquier sostén en el Código español y, además, si se admitiera – según apostilla García Cantero⁵³ –, se debería hacer extensivo a otros contratos, lo que no es de recibo.

Los arrendamientos mentados en el artículo 1520 C. C. han de subsistir durante todo el lapso de tiempo por el que fueron concertados por el comprador – o causahabiente –, de modo que el vendedor – o su sucesor en la titularidad rescatadora – “estará obligado a pasar por ellos”, es decir, que le son oponibles al retrayente, quien subentra legalmente en el contrato de arrendamiento asumiendo los mismos derechos y obligaciones del originario arrendador. La letra del artículo 1572 C. C., por otra parte, guarda relación con lo dispuesto en el que se analiza ahora, pues uno y otro persiguen que, ni la celebración de la venta con la cláusula recuperadora, ni el ejercicio del rescate, trastorquen los arrendamientos pendientes.

La presente norma se revela, con ello, al recoger tal regla excepcional favorable a la subsistencia del arriendo durante todo el tiempo que reste de contrato, más generosa en su contenido – en consideración al carácter de

⁵⁰ *Concordancias ...*, cit., tomo III, p. 424.

⁵¹ *Del riscatto convenzionale ...*, cit., n° 79, p. p. 144 y 145.

⁵² *La compraventa civil*, cit., p. 729.

⁵³ *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 624.

auténtico propietario exhibido por el comprador—retraído en la fase de latencia de la condición — que el tenor de otros preceptos residenciados asimismo en el C. C., cual el 452, 3, que recoge “la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes” que el reivindicante puede conceder al poseedor de buena fe vencido; o el 1571, 2, según el que, cuando se sirve el comprador del derecho de poner fin al arrendamiento, el arrendatario “podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente”; o lo prescrito en el 480 *in fine*, conforme al que, el arrendamiento que de la finca rústica usufructuada fuera realizado por el usufructuario no se resolverá al fin del usufructo, sino que se estima subsistente durante el año agrícola.

9.2.3.2. Esfera de actuación del precepto. Referencia a la L.A.U. y la L.A.R.:

Se suscita el problema, por lo demás, de precisar el ámbito de aplicación del artículo 1520, toda vez que al legislador únicamente le fue posible tomar en consideración los arrendamientos regidos por el Código Civil, en la hora presente reducidos en gran parte a una importancia testimonial, por mor de la eficacia expansiva de las leyes especiales sobre la cuestión. Y, parece acertado, establecer que la llamada de la norma acoge a cualquier tipo de arriendo de una cosa vendida, ya fuera mueble — supuesto en extremo infrecuente —, o raíz — rústico o urbano⁵⁴ —.

Respecto a los arrendamientos rústicos, su ley especial vigente, la 83/1980, de 31 de diciembre, en su artículo 13 dispone que “los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el

⁵⁴ Badenes Gasset, R., opina que sólo es aplicable el precepto a los bienes inmuebles: “ Desde el momento en que el artículo de que tratamos finaliza aludiendo al lugar en que *radique* la cosa objeto del retracto, habrá que entender que se refiere al arrendamiento de bienes *raíces*, y al no hacer distinción alguna, la disposición es aplicable tanto a los arrendamientos de predios rústicos como de predios urbanos. ” = *El contrato de compraventa*, cit., tomo II, 3ª edición, p. 910.

correspondiente año agrícola; también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si a su otorgamiento hubiere concurrido el propietario”. Alude el artículo, pues, a los arrendadores que, no siendo dueños del inmueble arrendado, tuvieren derecho a ceder la posesión arrendaticia, y tal precepto ha sido interpretado por un sector doctrinal⁵⁵, orillando el tenor literal de la norma para concentrarse en su espíritu, en el sentido de que el arrendamiento concertado por el comprador a retro se extingue apenas se ejercite el retracto convencional, es decir, tan pronto como se resuelva el derecho del arrendador.

No comparto esa opinión analógica, dado que nuestro comprador no disfruta solamente – por lo que se ausenta la inexcusable identidad de razón –, en contraste con lo que sucede con el usufructuario o enfiteuta, de un mero derecho real de disfrute en cosa ajena, sino que cuenta con la condición jurídica de auténtico dueño del bien, por más que su propiedad se halle afectada por una amenaza de resolución, por una eventual interinidad. Antes bien, considero más acertada la aplicación del artículo 78 de esa misma ley, que reza así: “la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento”.

¿*Quid iuris* en lo relativo a los arrendamientos urbanos? La ley en vigor en la materia, la 29/1994, de 24 de noviembre – a diferencia de lo que acontecía en el texto refundido de 1964 (Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre) y en el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, Sobre Medidas de Política Económica, que guardaban silencio en relación con este punto –, en su artículo 13,1, primer párrafo⁵⁶ prescribe que: “Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional (...), el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años,

⁵⁵ Vid. Rubio Torrano, E.: *El pacto de retroventa*, cit., p. 239 – y con idénticas palabras en *Comentarios del Código Civil* del Ministerio de Justicia, cit., tomo II, p. 1006; García Cantero, G.: *Comentarios ...*, cit., tomo XIX, 2ª edición, p. 625.

⁵⁶ dirigido, en virtud del artículo 4,2 de la misma ley, a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda, en tanto que precepto integrado en el título II de la ley.

sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9, 1°.

Agrega, en el segundo párrafo del propio precepto que: "En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior (señaladamente, el ejercicio del retracto convencional), quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En ese caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada⁵⁷".

El arrendador – comprador a retro – es dueño revocable o claudicante, de forma que su posición jurídica respecto al bien puede, en atención a una circunstancia especial – el empleo del rescate – verse resuelta, y, en consecuencia, en términos generales, dicha resolución del derecho del arrendador influirá de rebote en el contrato de arrendamiento, que experimentará su extinción. Sin embargo, la ley, en ese artículo 13, 1, primer párrafo corrige tal correlato, concediendo a esa resolución de la venta-básica una eficacia o alcance relativo, pues permite prolongar la vigencia de la locación " en todo caso " - es decir, aunque el derecho arrendaticio no conste en el Registro⁵⁸ -, hasta el plazo mínimo legal de cinco años, bien que " sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9,1°".

Distingue, por lo tanto, las hipótesis en que la redención, esto es, la resolución, opera durante los cinco primeros años de vigencia del contrato de arrendamiento, y aquellas en que se produce tras dicho lustro. En el primer supuesto – bien se pactara un plazo de duración para la locación igual o

⁵⁷ El artículo 13, 1 L. A. U. alude, es evidente, a un arrendamiento suscrito por el comprador, *ipsum est*, posterior a la venta-básica, puesto que el vendedor es quien puede provocar la resolución del derecho del comprador. Si fuera una locación anterior, esto es, otorgada por el vendedor, le sería de aplicación a la venta con la cláusula rescatadora el artículo 14 L. A. U., al igual que a cualquier otra enajenación. *Vid.*, respecto a ello, p.ej., Rojo Ajuria, L.: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinado por F. Pantaleón Prieto, 1ª edición, Madrid, 1995, p. 189.

En ese sentido, el antecedente inmediato del actual artículo 13, 1 L. A. U., esto es, el artículo 11, 2 del correspondiente Proyecto, rezaba así: " Los arrendamientos otorgados por compradores con pacto de retro, ... " = tomado de Marín López, J. J.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Pamplona, 1995, p. 281.

⁵⁸ *Vid.*, al respecto, Marín López, J. J.: *Comentarios a la Ley ...*, cit., p. 297.

mayor a esos cinco años, bien porque se acordara uno menor y fuera éste prorrogado obligatoriamente para el arrendador hasta alcanzar el término mínimo de esos cinco años -, se le reconoce al arrendatario el derecho a seguir como tal hasta la llegada del quinquenio.

Sin embargo, si se hubiera pactado una duración inicial mayor de cinco años, y se hubiese consumido ya el lustro, la resolución del derecho del arrendador – comprador a retro – engendrará la extinción, por lo general, del contrato de arrendamiento, a excepción de que la locación tuviera acceso al Registro en un tiempo anterior al ingreso en él de los derechos ocasionantes o promotores de la resolución del derecho del arrendador, supuesto en que dicha locación - en obsequio del principio de prioridad - pervivirá por la entera duración convenida. Semejante solución normativa puede suponer el evidente aliciente para un acceso masivo de los arrendamientos al Registro, en vista de los privilegios jurídicos que la inscripción les reporta, lo cual, al margen de incrementar el trabajo de sus oficinas, no presenta aspecto negativo alguno⁵⁹.

9.2.3.3. La buena fe y la adecuación a la costumbre local:

Los arrendamientos cuya persistencia sanciona el artículo 1520 C. C. son aquellos que observan cumulativamente dos requisitos, pues constituye el límite dúplice a la aplicación de la excepción: su estipulación de buena fe, y el respeto a la costumbre del lugar⁶⁰. El carácter excepcional de la hipótesis normativa demanda que hayan de producirse ambos requerimientos de forma conjunta.

¿De quién debe predicarse la buena fe, del arrendador, o también del arrendatario? Entiendo que sólo es exigible del comprador- arrendador – mas no del locatario, cuyo estado psicológico se evidencia intrascendente -, y encierra una *questio facti*, de apreciación encomendada a los tribunales.

⁵⁹ Albácar López, J. L.: *Legislación de Arrendamientos Urbanos. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, segunda edición, Madrid, 30 de enero de 1996, p. 284.

⁶⁰ Manresa y Navarro, J. M^º, utiliza como único criterio para fijar la subsistencia o no de los arrendamientos concertados por el comprador su adecuación a dicha costumbre local. = *Comentarios ...*, cit., tomo X, volumen I, 6ª edición, p. 492.

La doctrina patria⁶¹ extrae de las circunstancias del contrato de arrendamiento los ejemplos en que se aprecia la mala fe del arrendador, que no tiene que ver con la creencia que el mismo puede tener de pertenecerle incondicionalmente el bien alquilado. Así, verbigracia, la fijación o señalamiento de una renta muy baja para el mismo; el realizarlo ante la inminencia del rescate; el pacto, sin necesidad racional alguna, de un arrendamiento por mucho más tiempo del que comprenda el término retractual; la presencia en el contrato de cláusulas arcanas susceptibles de perjudicar los derechos del redentor; etc...

El artículo 327, 2, 2º párrafo de la Compilación Catalana, en relación con ello, determina que “el redimente puede resolver los arrendamientos notoriamente gravosos que el propietario haya realizado”.

En el Código Civil francés, su artículo 1673, 2 *in fine*⁶² incluye, de manera similar a su homólogo español, una excepción al principio de la retroactividad del rescate, y es que el retrayente está obligado a respetar los arrendamientos suscritos <<*sans fraude*>> por el comprador, expresión que la doctrina gala⁶³ traduce en idénticos supuestos de hecho a los reflejados por nuestros jurisconsultos: el carácter irrisorio de la merced convenida, una duración excesiva e injustificada del contrato, etc...

Su texto no marca ningún límite temporal preciso, cuya superación sea en todo caso indicativa del fraude, y la apreciación de la existencia o no del mismo se confiere a los órganos jurisdiccionales; no obstante, procede sobreentender del tenor normativo la condición de que el arriendo, al objeto de ser oponible al retrayente, debe tener una fecha cierta comprendida entre la celebración de la venta-básica y el ejercicio del rescate⁶⁴.

En Italia, el Código Civil de 1942, en su artículo 1505, 2º inciso⁶⁵ impone al vendedor el respeto de los arrendamientos estipulados por el comprador

⁶¹ *Vid.*, por todos, Scaevola, Q. M.: *Código ...*, cit., tomo XXIII, volumen segundo, 2ª edición, p. 437.

⁶² “Il (le vendeur) est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur”.

⁶³ Troplong: *Le Droit Civil expliqué ...*, cit., nº 77, p. 279; Weill-Becqué, G.: voz “vente. Vente à réméré”, cit., nº 176, p. 22; etc...

⁶⁴ Colin, A. y Capitant, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, cit., p. 245; Jossérand, L.: *Cours de Droit Civil ...*, cit., nº 1163, p. 609; Dekkers, R.: *Précis de Droit Civil belge*, tome deuxième, Bruxelles, 1955, nº 886, p. 521.

⁶⁵ “...; ma è tenuto (il venditore che esercita il diritto di riscatto) a mantenere le locazioni fatte senza frode, purché abbiano data certa e siano state convenute per un tempo non superiore ai tre anni.”

<<*senza frode*>> - es decir, sin el deseo de perjudicar al retrayente, sin el propósito de atentar intencionalmente contra el interés del vendedor a la libre disponibilidad y al completo disfrute de la cosa tras la redención⁶⁶ -, con tal de que tengan fecha cierta y duración no superior a tres años.

Aun cuando la ley no lo concrete, corresponde sostener que, si el arrendamiento se ha estipulado por un período que rebase el trienio, permanece eficaz hacia el retrayente hasta los tres años, contados desde la fecha de celebración de la locación⁶⁷, pues, así reducido, dicho arrendamiento tendría la duración por la cual la norma constriñe al redentor a conservarlo.

La exigencia de la fecha cierta persigue el objetivo de facilitar al retrayente el conocimiento exacto del punto de partida de la locación subsistente, cuanto de asegurarle que el arrendamiento se concluyó con precedencia al ejercicio del rescate.

El segundo requisito inexcusable que reclama nuestro Código de cara a la pervivencia de los arrendamientos, es el ajuste del contrato a la costumbre local, que debe ser acreditada por quien la alega, y que entraña asimismo una cuestión de hecho al arbitrio de los tribunales.

9.3. Cristalización registral del empleo del derecho redentor:

Por último, es menester analizar la constancia registral del ejercicio del retracto, y dicho estudio principia por la referencia al artículo 23 L. H. Conforme a este precepto, el uso triunfante del *ius redemptionis*, en tanto que cumplimiento de una condición resolutoria relativa a un acto o contrato inscrito – la compraventa-básica -, se reflejará en el Registro merced a una nueva inscripción a favor de quien corresponda – el retrayente -. Para que la readquisición o recuperación del inmueble afecte a los terceros, el titular rescatador habrá de conseguir que, a la inscripción que preexistía en beneficio

⁶⁶ Rubino, D.: *La compravendita*, cit., ristampa della seconda edizione, n° 292, p. 1067; Francolini, G.: *Commentario al Codice Civile ...*, cit., volume quarto, p. 965.

⁶⁷ Gasca, C. L.: *Trattato della compra-vendita*, cit., seconda edizione, n° 1449, p. 1064; Luzzatto, R.: *La compravendita*, cit., p. p. 454 y 455; Rubino, D.: *La compravendita*, cit., ristampa della seconda edizione, n° 292, p. 1067; Gazzoni, F.: *Manuale di Diritto Privato*, cit., prima ristampa, III edizione aggiornata, p. 1035.

del comprador, la reemplace otra practicada a su nombre, extremo que no interfiere en absoluto en el carácter real de la acción recuperadora.

Naturalmente, para el acceso registral del cumplimiento de la condición, hay que partir de que ella contara con una constancia previa en el asiento procedente, según recoge la regla 6ª del artículo 51 R. H., puesto que pende sobre las facultades del adquirente y goza de trascendencia real; constancia previa que se impondrá en aras de la potencial eficacia *ultra vires* de la acción resolutoria, a la luz del artículo 37 L. H.

No se contiene, empero, norma alguna de desarrollo general que precise la manera de efectuar tal inscripción nueva en beneficio del retrayente, y sólo se menciona, en el artículo 175, regla 6ª, primer párrafo R. H. que: "las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto".

Bonilla Encina⁶⁸, sobre la base de este precepto, defiende que el ejercicio del rescate no habrá de proyectarse registralmente mediante un asiento de inscripción, sino a través de uno de cancelación cuando se cumplan los requisitos enumerados por la norma.

El autor, se apoya en el parecer de dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La primera, de 27 de mayo de 1926 – considerando primero –, a tenor de la cual la utilización del retracto convencional dentro del plazo señalado no entraña el perfeccionamiento de un nuevo contrato de compraventa con transferencia completa de la propiedad, es decir, que considera al rescate como una verdadera causa de resolución, por lo que – juzga Bonilla Encina⁶⁹ – resulta del todo improcedente una nueva inscripción de transferencia a favor del primitivo vendedor.

⁶⁸ *Titularidades limitadas. Los derechos de tanteo y retracto convencionales y el de opción. como limitativos de una titularidad*, en R. C. D. I., núm. 477, Madrid, marzo/abril de 1970, p.p. 423 y 424.

⁶⁹ *Idem*, p. 421.

La segunda, la de 5 de noviembre de 1919 – considerando segundo ⁷⁰, que arguye que el ejercicio de la redención por el vendedor o su causahabiente repone las cosas al *statu quo ante*, previo a la celebración del contrato-básico. En consecuencia – razona Bonilla Encina⁷¹ –, si la adquisición del comprador queda resuelta, la titularidad del vendedor renace por derivación, y semejante resolución debe evidenciarse en el Registro no por mediación de un asiento de inscripción, mas por otro de cancelación.

Entiendo compatible, en relación con el presente punto, la tesis esbozada por Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill⁷², de conformidad con la cual, si la condición resolutoria pulveriza o desmantela retroactivamente el derecho sujeto a ella – el dominio del comprador –, de igual forma que si no hubiese existido transmisión alguna, se impone la realización de un asiento cancelatorio, porque el transmitente no completa – en virtud del alcance *ex tunc* o automático de la revocación real – una segunda adquisición, sino que es como si nunca hubiera transmitido. No obstante – continúan – resulta tolerable una nueva inscripción, lo que sucede en la práctica al ejercitarse el rescate, y que se sustenta en el mismo criterio que fundamenta el artículo 59 R. H., en sede de compraventa resuelta por impago del precio, siempre que existiera pacto de ley comisorio⁷³.

Y si sobre el bien vendido a retro se hubiesen constituido derechos reales por el comprador o causahabientes, y figuraran en el Registro, igualmente habrá de cancelarse la inscripción de ellos con el mismo documento que justifique el empleo victorioso del retracto, con tal de que se acredite la referida consignación.

Y no es necesario, a fin de cancelar registralmente esas cargas, la intervención de aquellos sujetos que ostentan a su favor las inscripciones, pues así lo sanciona el artículo 82, 2 L. H.⁷⁴, de manera que – sin la exigencia de sentencia, escritura pública o documento auténtico, en el que preste su

⁷⁰ Vid. también la R. D. G. R. N. de 22 de julio de 1910 – considerando tercero –.

⁷¹ *Titularidades limitadas* ..., cit., p. 421.

⁷² Roca Sastre, R. Mª y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., octava edición, tomo III, Barcelona, 1995, p. 384.

⁷³ *Ídem*, p. 384.

⁷⁴ Vid. también, en relación con ello, el actual art. 177,4 R.H., redactado por el R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre.

consentimiento la persona en cuyo beneficio se hubiese practicado la inscripción o anotación – podrán ser canceladas estas últimas “cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva”.

Por tanto, inscrita en el Registro la condición del retro, y hecho constar asimismo el cumplimiento de ella – es decir, la recuperación de la cosa por el vendedor -, puede procederse a la cancelación de las cargas impuestas sobre el bien por el propietario interino de él, sin necesidad del concurso de los terceros interesados, dado que ya se infería de la adecuada publicidad del Registro la causa de la resolución.

- CONCLUSIONES -

I.- La figura regulada en el artículo 1507 y ss. C. C. constituye un verdadero retracto, tanto desde el punto de vista etimológico como técnico. Lo primero, porque su ejercicio desencadena una segunda tracción, que devuelve la cosa al patrimonio del redentor. Lo segundo, en atención a que la eventual readquisición traería causa de la enajenación-básica. El dominio pleno, pero aún no definitivo del comprador, aparece supeditado temporalmente a la amenaza recuperadora encarnada en el *ius redemptionis*, el cual le brinda a su titular la posibilidad jurídica de recobrar el bien con alcance retroactivo, como si nunca hubiera dejado de ser su propietario, si bien debidamente dulcificado con ciertos paliativos. Es, además, un retracto convencional, en razón de que su nacimiento no dimana de las prescripciones legales, sino que obedece a un aunamiento libre de voluntades.

II.- Conviene suscribir, por diafanidad terminológica, la todavía minoritaria opinión doctrinal que postula, para el retracto similar estructuralmente al legal, mas de creación privada, la locución “ retracto voluntario “, al que se le puede dotar de naturaleza real.

III.- El pacto de retracto convencional ha de establecerse con carácter simultáneo a la compraventa-básica, es decir, acordarse *in continenti*, y el art. 1507 C. C. lo confirma con la utilización de la forma verbal “ se reserva “. La coetaneidad o contemporaneidad referida debe entenderse, no obstante, en sentido funcional, no como férrea y cabal sincronía. Lo relevante es la unidad de acto, con independencia de que el contrato y el convenio rescatador se plasmen en documentos separados.

IV.- La adición en el contrato-nodriza del pacto de retracto convencional no trastoca la naturaleza jurídica propia de aquél, sólo determina el surgimiento de un derecho de redención que proyecta su

influencia amenazadora sobre la titularidad del adquirente. En el Derecho común no se transforma la compraventa-básica en una compraventa especial, por lo que la misma conserva sus características técnicas habituales: sigue siendo una variante negocial consensual, bilateral y onerosa, así como se somete a las reglas generales en cuanto a perfección, capacidad de los sujetos, obligación de entrega, vicios, causas de resolución, etc...

La cláusula retractual no incorpora un sentido causal específico y privativo. No trastoca la función económico-social que la compraventa-básica busca realizar, no implica un cambio en la fundamentación jurídica del contrato. La venta con nuestro pacto sólo encierra un motivo suplementario o adicional, encorsetado en el más amplio objetivo de comprar y vender, respectivamente. Al interés del adquirente por comprar se le añade en la contraparte un interés bastante considerable en vender, mas no tan fuerte como el que le induciría a ésta a concertar una venta lisa y llana, despojada del pacto.

En el ámbito catalán, diferentemente, su venta a carta de gracia sí corporeiza un contrato nominado y especial, un contrato típico y aleatorio, en cuya estructura y como elemento principal se inserta un poder resolutorio.

V.- El pacto retractual resulta aponible, amén de a la compraventa, a otras enajenaciones de efectos similares a ella, caso de la permuta, la transacción o el acuerdo de aportación social, lo que conllevaría, sin embargo, la innegable introducción de ciertos retoques o puntualizaciones respecto a su régimen cuando se inserta en la primera: así, v. gr., en la permuta el *ius redemptionis* puede configurarse con carácter unilateral o bilateral.

VI.- El objeto de la venta con la cláusula redentora puede consistir en un bien incorporal: derechos de crédito, derechos reales, títulos-valores, etc..., siempre que se tornen reconocibles. La titularidad de dichos bienes ha de prestarse, por intermedio de la consumación contractual, a su transmisión. Se permite, incluso, enajenar a retro el propio *ius retrahendi* - lo que en Cataluña recibe el nombre de <<reempenyament>>, así como el dominio recibido por el comprador - operación denominada allí <<sobreempenyament>> -.

VII.- El pacto de retracto convencional sujeta el contrato-básico a una condición resolutoria moderadamente potestativa. Es una condición resolutoria, porque su verificación motiva la cesación de los efectos del negocio, es decir, su ejercicio resuelve el título, y la compraventa se entiende retroactivamente borrada en sus consecuencias - se vuelve al *statu quo ante* -, bien que con importantes correctivos, recogidos en sede de teoría general - arts. 1120, 1122 y 1123 C. C. -, al igual que en la normativa propia del *ius redemptionis* - arts. 1519 o 1520 C. C. -.

Es expresa y potestativa simple, toda vez que, aunque se somete su advenimiento a la voluntad del titular retractual, precisa de otros hechos externos que coadyuvan a su formación, esto es, no basta únicamente la presencia del acto volitivo o la exteriorización de un simple querer. El retrayente, para ejercitar de forma victoriosa su derecho, ha de cumplir los requisitos objetivos - cargas - enunciados en el art. 1518 C. C., “ y lo demás que se hubiese pactado “.

VIII.- En una infinidad de ocasiones, el contrato-básico al que se le acopla la cláusula retractual, sin abandonar su índole de compraventa, cumple, adicionalmente y de forma indirecta, una función crediticia y de aseguramiento: se desea transmitir la propiedad a cambio de un precio, por

más que a ese fin típico se le sume la intención de garantizar. En tales casos, nos encontramos frente a una compraventa con pacto de retracto convencional en función de garantía, que no se encuentra tipificada como tal en el Derecho común, pero sí en la Compilación Navarra. En su ley 463, en sede de <<disposiciones generales>> sobre las garantías reales, junto a la fiducia, arras, prenda, etc..., cita específicamente al pacto de retracto, al que luego le dedica el capítulo IV del título VII del libro III (leyes 475-480 inclusives), preceptos que introducen ciertas peculiaridades normativas respecto a la venta a retro estándar o tipo, al objeto de proteger la posición del vendedor y conjurar el peligro de que el comprador pudiera prevalerse de su mejor situación económica.

IX.- El término retractual de caducidad del artículo 1508 C. C., sea el convencional o el supletorio legal, se encuentra con el límite máximo cogente de la década, tope que no rige en Cataluña ni en Navarra, en cuyas Compilaciones se contemplan normas específicas sobre la cuestión: en concreto, respectivamente, en el artículo 326,1 y la ley 577.

En lo relativo al sistema de computación de dicho término rescador, su *dies a quo* no es el de la fecha o el de la perfección del contrato-básico, sino el de la consumación del mismo. Hasta entonces, el vendedor retiene la propiedad del bien y, en consecuencia, el derecho de retracto convencional ya pactado no puede ser ejercitado. El contenido del *ius redemptionis* se halla momentáneamente disuelto en la horma dominical.

Es posible, por otra parte, prorrogar el término retractual, lo cual caracteriza a éste como un supuesto de caducidad potencialmente diluida, pues encierra en su interior el germen de un eventual alargamiento. Ahora bien, el tiempo de la prórroga, sumado al propio del primitivo período redentor, no debe rebasar en ningún caso los diez años.

X.- Traduce el artículo 1510 C. C. la nota acaso más radical de la regulación codificada del derecho de retracto convencional respecto a épocas pretéritas, y resuelve con mano maestra dos interesantes controversias: 1ª.- la cosa vendida con la cláusula rescatadora es libremente enajenable; 2ª.- el vendedor, o ulterior titular del *ius retrahendi*, aparece facultado para perseguir el bien *ubicumque sit*: su derecho de rescate disfruta de naturaleza real, según corrobora también la L. H., cuyo artículo 107,8º sanciona su hipotecabilidad.

XI.- En la venta con pacto de rescate, el comprador sucede al vendedor *inter vivos* a título individual y oneroso. No se asiste a una subrogación técnica, pues no se vislumbra la variación subjetiva en los términos de la relación obligatoria. Sólo se muestra de recibo hablar de la subrogación natural que origina el acto de enajenación.

XII.- El ejercicio del *ius redemptionis* se compone de dos elementos constitutivos: por un lado, la declaración de voluntad recepticia emitida por su titular en tiempo hábil para ello y, por otro, como requisito concurrente externo, la realización de los desembolsos pertinentes - referidos en el art. 1518 C. C. -, que son los presupuestos materiales del retracto. Es la satisfacción de estas partidas lo que convierte en exitosa la utilización del derecho de redención.

XIII.- La cantidad que satisfacer en concepto de precio de rescate es la que rigió como tal en la compraventa-base, según un criterio nominalista, y no el mayor o menor valor de la cosa en el momento de la redención. La norma del artículo 1518 C.C. diseña un *minimus* de carácter imperativo.

El reembolso del precio tiene que ser efectivo, no sirve el mero ofrecimiento. Habrá de ser aceptado por el sujeto pasivo del

rescate - retraído -, o bien hacerse dentro del plazo estipulado la consignación que regula el precepto 1176 y ss. C. C.

En cambio, en lo relativo a “ los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta “ y “ los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida “ - de los números 1º y 2º del art. 1518 C. C. -, no hay obligación en todo caso de abonarlos - o de consignar su importe - inmediatamente. Si el retrayente conoce el monto o suma de tales capítulos, sí que debe simultanear su pago con el del precio. Si ignora la cuantía de aquéllos, dará fianza de que los abonará tan pronto como tenga conocimiento de su importe.

XIV.- El retraído se ve compelido a entregar la cosa, lo cual comporta una obligación subordinada o sucesiva respecto a las cargas anejas al ejercicio del rescate, porque el titular retractual no puede conminar a aquél a la devolución de la *res* en tanto no le haya satisfecho los reintegros legítimos. La restitución de la cosa sigue al reembolso del precio y demás cantidades pertinentes, no se le contrapone: no procede hablar de la presencia de obligaciones sinalagmáticas.

XV.- El comprador con pacto de rescate deviene - *ex* artículo 1468, 2 C. C. - propietario de todos los frutos de la cosa desde el día de la celebración del contrato-básico y, cuando a su título asocie un modo, es decir, tan pronto como haya tradición, dichos frutos le corresponderán *ex iure dominii*, en méritos de los artículos 348 y 354 C. C.

El interés del precio se compensa con los frutos percibidos por el comprador o causahabiente, *pendente condicione*, hasta el instante del blandimiento del *ius redemptionis*. Es una compensación tácita e impropia: opera de modo global, no hasta el importe de la concurrencia.

.- Lista de Sentencias y Resoluciones recogidas.

.- Sentencias:

S.T.S. de 12 de marzo de 1861	(J.C., 69)
S.T.S. de 22 de diciembre de 1863	(J.C., 293)
S.T.S. de 3 de diciembre de 1864	(J.C., 145)
S.T.S. de 28 de diciembre de 1864	(J.C., 189)
S.T.S. de 20 de enero de 1865	(J.C., 14)
S.T.S. de 17 de marzo de 1865	(J.C., 91)
S.T.S. de 17 de noviembre de 1865	(J.C., 102)
S.T.S. de 12 de diciembre de 1865	(J.C., 161)
S.T.S. de 7 de abril de 1866	(J.C., 137)
S.T.S. de 26 de noviembre de 1866	(J.C., 140)
S.T.S. de 3 de enero de 1872	(J.C., 7)
S.T.S. de 5 de abril de 1872	(J.C., 116)
S.T.S. de 3 de febrero de 1873	(J.C., 36)
S.T.S. de 25 de noviembre de 1873	(J.C., 325)
S.T.S. de 24 de febrero de 1874	(J.C., 86)
S.T.S. de 8 de febrero de 1875	(J.C., 32)
S.T.S. de 12 de mayo de 1875	(J.C., 170)
S.T.S. de 17 de febrero de 1876	(J.C., 62)
S.T.S. de 9 de febrero de 1878	(J.C., 46)
S.T.S. de 21 de enero de 1881	(J.C., 22)
S.T.S. de 9 de noviembre de 1882	(J.C., 338)
S.T.S. de 21 de noviembre de 1882	(J.C., 355)
S.T.S. de 13 de mayo de 1884	(J.C., 209)
S.T.S. de 16 de diciembre de 1884	(J.C., 167)
S.T.S. de 29 de diciembre de 1884	(J.C., 181)
S.T.S. de 22 de febrero de 1886	(J.C., 76)
S.T.S. de 11 de junio de 1887	(J.C., 216)
S.T.S. de 26 de abril de 1889	(J.C., 160)
S.T.S. de 30 de enero de 1890	(J.C., 23)
S.T.S. de 10 de julio de 1890	(J.C., 19)

S.T.S. de 4 de marzo de 1893	(J.C., 67)
S.T.S. de 19 de mayo de 1896	(J.C., 77)
S.T.S. de 31 de diciembre de 1897	(J.C., 233)
S.T.S. de 10 de noviembre de 1899	(J.C., 63)
S.T.S. de 18 de enero de 1900	(J.C., 22)
S.T.S. de 20 de diciembre de 1901	(J.C., 151)
S.T.S. de 23 de junio de 1903	(J.C., 188)
S.T.S. de 1 de julio de 1903	(J.C., 2)
S.T.S. de 12 de diciembre de 1903	(J.C., 148)
S.T.S. de 12 de febrero de 1904	(J.C., 50)
S.T.S. de 30 de mayo de 1906	(J.C., 68)
S.T.S. de 16 de octubre de 1906	(J.C., 77)
S.T.S. de 13 de noviembre de 1906	(J.C., 118)
S.T.S. de 10 de diciembre de 1907	(J.C., 52)
S.T.S. de 19 de febrero de 1908	(J.C., 64)
S.T.S. de 18 de marzo de 1911	(J.C., 112)
S.T.S. de 24 de junio de 1911	(J.C., 120)
S.T.S. de 7 de diciembre de 1911	(J.C., 157)
S.T.S. de 1 de abril de 1912	(J.C., 1)
S.T.S. de 3 de julio de 1912	(J.C., 109)
S.T.S. de 13 de marzo de 1913	(J.C., 107)
S.T.S. de 10 de junio de 1914	(J.C., 101)
S.T.S. de 2 de diciembre de 1914	(J.C., 167)
S.T.S. de 9 de febrero de 1916	(J.C., 84)
S.T.S. de 2 de junio de 1920	(J.C., 77)
S.T.S. de 14 de junio de 1920	(J.C., 86)
S.T.S. de 17 de junio de 1920	(J.C., 103)
S.T.S. de 19 de junio de 1920	(J.C., 104)
S.T.S. de 25 de octubre de 1924	(J.C., 44)
S.T.S. de 15 de diciembre de 1924	(J.C., 143)
S.T.S. de 7 de noviembre de 1925	(J.C., 101)
S.T.S. de 7 de diciembre de 1925	(J.C., 190)

S.T.S. de 29 de octubre de 1926	(J.C., 71)
S.T.S. de 24 de junio de 1927	(J.C., 184)
S.T.S. de 26 de septiembre de 1927	(J.C., 112)
S.T.S. de 2 de enero de 1928	(J.C., 5)
S.T.S. de 24 de enero de 1928	(J.C., 100)
S.T.S. de 27 de enero de 1928	(J.C., 117)
S.T.S. de 29 de febrero de 1928	(J.C., 132)
S.T.S. de 3 de marzo de 1928	(J.C., 12)
S.T.S. de 4 de mayo de 1928	(J.C., 102)
S.T.S. de 29 de octubre de 1928	(J.C., 146)
S.T.S. de 1 de junio de 1929	(J.C., 84)
S.T.S. de 20 de febrero de 1930	(J.C., 176)
S.T.S. de 8 de abril de 1930	(J.C., 25)
S.T.S. de 26 de mayo de 1930	(R.A., 958)
S.T.S. de 10 de julio de 1930	(J.C., 125)
S.T.S. de 30 de noviembre de 1931	(J.C., 68)
S.T.S. de 13 de octubre de 1934	(R.A., 1461)
S.T.S. de 14 de enero de 1936	(R.A., 52)
S.T.S. de 9 de abril de 1941	(R.A., 498)
S.T.S. de 20 de mayo de 1943	(R.A., 572)
S.T.S. de 12 de julio de 1943	(R.A., 857)
S.T.S. de 7 de enero de 1944	(R.A., 109)
S.T.S. de 28 de marzo de 1944	(R.A., 320)
S.T.S. de 31 de marzo de 1944	(R.A., 939 y 939 bis)
S.T.S. de 23 de mayo de 1944	(R.A., 671)
S.T.S. de 1 de junio de 1944	(R.A., 807)
S.T.S. de 24 de noviembre de 1944	(R.A., 1346)
S.T.S. de 11 de diciembre de 1944	(R.A., 1282)
S.T.S. de 8 de enero de 1945	(R.A., 118)
S.T.S. de 28 de enero de 1946	(R.A., 111)
S.T.S. de 1 de febrero de 1946	(R.A., 112)

S.T.S. de 29 de abril de 1946	(R.A., 557)
S.T.S. de 16 de mayo de 1946	(R.A., 565)
S.T.S. de 30 de octubre de 1946	(R.A., 1169)
S.T.S. de 3 de diciembre de 1946	(R.A., 1299)
S.T.S. de 18 de enero de 1947	(R.A., 19)
S.T.S. de 6 de marzo de 1947	(R.A., 344)
S.T.S. de 16 de junio de 1947	(R.A., 908)
S.T.S. de 7 de febrero de 1948	(R.A., 278)
S.T.S. de 20 de junio de 1949	(R.A., 735)
S.T.S. de 14 de diciembre de 1949	(J.C., 140)
S.T.S. de 25 de febrero de 1950	(R.A., 361)
S.T.S. de 23 de febrero de 1951	(J.C., 267)
S.T.S. de 8 de marzo de 1951	(R.A., 608)
S.T.S. de 26 de mayo de 1951	(R.A., 1332)
S.T.S. de 26 de enero de 1952	(R.A., 275)
S.T.S. de 16 de febrero de 1952	(R.A., 480)
S.T.S. de 6 de marzo de 1952	(R.A., 493)
S.T.S. de 12 de noviembre de 1952	(R.A., 2829)
S.T.S. de 1 de marzo de 1954	(R.A., 710)
S.T.S. de 8 de junio de 1954	(R.A., 1867)
S.T.S. de 13 de noviembre de 1954	(R.A., 2868)
S.T.S. de 13 de diciembre de 1954	(R.A., 3852)
S.T.S. de 23 de diciembre de 1954	(R.A., 3170)
S.T.S. de 3 de mayo de 1955	(R.A., 1561)
S.T.S. de 17 de mayo de 1955	(R.A., 1705)
S.T.S. de 31 de octubre de 1955	(R.A., 3096)
S.T.S. de 15 de marzo de 1956	(R.A., 1913)
S.T.S. de 24 de marzo de 1956	(R.A., 1537)
S.T.S. de 2 de abril de 1956	(R.A., 1540)
S.T.S. de 16 de junio de 1956	(R.A., 2707)
S.T.S. de 21 de junio de 1956	(R.A., 2714)
S.T.S. de 5 de enero de 1957	(R.A., 686)

S.T.S. de 8 de marzo de 1957	(R.A., 1547)
S.T.S. de 23 de marzo de 1957	(R.A., 1177)
S.T.S. de 12 de abril de 1957	(R.A., 2499)
S.T.S. de 30 de abril de 1957	(R.A., 1604)
S.T.S. de 28 de mayo de 1957	(R.A., 2180)
S.T.S. de 29 de mayo de 1957	(R.A., 2184)
S.T.S. de 4 de junio de 1957	(R.A., 2510)
S.T.S. de 12 de junio de 1957	(R.A., 2520)
S.T.S. de 30 de octubre de 1957	(R.A., 3396)
S.T.S. de 14 de noviembre de 1957	(R.A., 3402)
S.T.S. de 13 de diciembre de 1957	(R.A., 533)
S.T.S. de 7 de enero de 1958	(R.A., 204)
S.T.S. de 17 de abril de 1958	(R.A., 1484)
S.T.S. de 8 de mayo de 1958	(R.A., 2715)
S.T.S. de 15 de octubre de 1958	(R.A., 3095)
S.T.S. de 10 de noviembre de 1958	(R.A., 4190)
S.T.S. de 13 de diciembre de 1958	(R.A., 4047)
S.T.S. de 7 de marzo de 1959	(R.A., 1099)
S.T.S. de 14 de octubre de 1959	(R.A., 3674)
S.T.S. de 5 de diciembre de 1959	(R.A., 4487)
S.T.S. de 25 de febrero de 1960	(R.A., 928)
S.T.S. de 29 de marzo de 1960	(R.A., 1255)
S.T.S. de 8 de junio de 1960	(R.A., 2084)
S.T.S. de 27 de octubre de 1960	(R.A., 3438)
S.T.S. de 10 de diciembre de 1960	(R.A., 3793)
S. de mayo de 1961 del Tribunal Superior de Andorra, recogida en: <i>La tercera instancia en Andorra, la prescripción en las ventas a carta gracia</i> , por Anglada Viladerbó, J., en R. J. C., año LXIII-número 1, Barcelona, 1964, p. p. 157-166.	
S.T.S. de 28 de junio de 1961	(R.A., 3017)
S.T.S. de 4 de noviembre de 1961	(R.A., 4075)
S.T.S. de 22 de noviembre de 1962	(R.A., 4293 y

	4294)
S.T.S. de 8 de marzo de 1963	(R.A., 1628)
S.T.S. de 12 de marzo de 1963	(R.A., 1631)
S.T.S. de 18 de mayo de 1963	(R.A., 2738)
S.T.S. de 6 de marzo de 1964	(R.A., 1339)
S.T.S. de 14 de marzo de 1964	(R.A., 1422)
S.T.S. de 30 de abril de 1964	(R.A., 2167)
S.T.S. de 15 de octubre de 1964	(R.A., 4448)
S.T.S. de 12 de noviembre de 1964	(R.A., 5091)
S.T.S. de 31 de mayo de 1965	(R.A., 3214)
S.T.S. de 14 de diciembre de 1965	(R.A., 5882)
S.T.S. de 10 de febrero de 1966	(R.A., 447)
S.T.S. de 11 de mayo de 1966	(R.A., 2419)
S.T.S. de 24 de mayo de 1966	(R.A., 2737)
S.T.S. de 14 de diciembre de 1966	(R.A., 5753)
S.T.S. de 18 de marzo de 1967	(R.A., 1663)
S.T.S. de 16 de octubre de 1967	(R.A., 3823)
S.T.S. de 13 de febrero de 1968	(R.A., 1052)
S.T.S. de 3 de abril de 1968	(R.A., 3716)
S.T.S. de 10 de mayo de 1968	(R.A., 3483)
S.T.S. de 23 de marzo de 1972	(R.A., 1488)
S.T.S. de 6 de mayo de 1972	(R.A., 3587)
S.T.S. de 28 de octubre de 1974	(R.A., 4044)
S.T.S. de 3 de mayo de 1976	(R.A., 1988)
S.T.S. de 30 de octubre de 1976	(R.A., 4419)
S.T.S. de 8 de noviembre de 1978	(R.A., 3505)
S.T.S. de 24 de noviembre de 1978	(R.A., 3640)
S.T.S. de 30 de diciembre de 1980	(R.A., 5100)
S.T.S. de 3 de abril de 1981	(R.A., 1477)
S.T.S. de 8 de octubre de 1981	(R.A., 3589)
S.T.S. de 21 de noviembre de 1981	(R.A., 4541)
S.T.S. de 4 de junio de 1982	(R.A., 3403)

S.T.S. de 5 de julio de 1982	(R.A., 4215)
S.T.S. de 24 de enero de 1983	(R.A., 384)
S.T.S. de 28 de diciembre de 1984	(R.A., 6298)
S.T.S. de 3 de octubre de 1985	(R.A., 4570)
S.T.S. de 8 de noviembre de 1985	(R.A., 5520)
S.T.S. de 17 de junio de 1986	(R.A., 3554)
S.T.S. de 31 de enero de 1986	(R.A., 344)
S.T.S. de 20 de septiembre de 1986	(R.A., 4780)
S.T.S. de 10 de julio de 1987	(R.A., 5456)
S.T.S. de 25 de febrero de 1988	(R.A., 1305)
S.T.S. de 4 de julio de 1988	(R.A., 5555)
S.T.S. de 18 de octubre de 1988	(R.A., 7587)
S.T.S. de 22 de diciembre de 1988	(R.A., 9748)
S.T.S. de 7 de febrero de 1989	(R.A., 754)
S.T.S. de 13 de febrero de 1989	(R.A., 831)
S.T.S. de 14 de abril de 1989	(R.A., 3052)
S.T.S. de 19 de mayo de 1989	(R.A., 3780)
S.T.S. de 20 de diciembre de 1989	(R.A., 8851)
S.T.S. de 25 de enero de 1990	(R.A., 24)
S.T.S. de 19 de febrero de 1990	(R.A., 697)
S.T.S. de 7 de marzo de 1990	(R.A., 1674)
S.T.S. de 24 de octubre de 1990	(R.A., 8045)
S.T.S.J. de Cataluña de 29 de mayo de 1991	(R.A., 3903)
S.T.S. de 10 de diciembre de 1991	(R.A., 8925)
S.T.S. de 16 de marzo de 1992	(R.A., 2185)
S.T.S. de 25 de abril de 1992	(R.A., 3413)
S.T.S. de 12 de mayo de 1992	(R.A., 3914)
S.T.S. de 19 de octubre de 1992	(R.A., 8082)
S.T.S. de 2 de junio de 1993	(R.A., 4378)
S.T.S. de 16 de diciembre de 1993	(R.A., 9997)
S.T.C. 54/1994, de 24 de febrero	(A.C., 54)
S.T.S. de 20 de abril de 1994	(R.A., 3214)

S.T.S. de 27 de septiembre de 1994	(R.A., 7304)
S.T.S. de 3 de marzo de 1995	(R.A., 1776)
S.T.S. de 30 de marzo de 1995	(R.A., 2788)
S.T.S. de 30 de mayo de 1995	(R.A., 4204)
S.T.S. de 22 de diciembre de 1995	(R.A., 9206)
S.T.S. de 11 de julio de 1996	(R.A., 5579)
S.T.S. de 17 de marzo de 1997	(R.A., 1980)
S.T.S. de 19 de septiembre de 1997	(R.A., 6409)
S.T.S. de 8 de octubre de 1997	(R.A., 7104)
S.T.S. de 16 de octubre de 1997	(R.A., 7615)
S.T.S. de 17 de marzo de 1998	(R.A., 1351)
S.T.S. de 15 de abril de 1998	(R.A., 2982)
S.T.S. de 30 de junio de 1998	(R.A., 5294)

.- Resoluciones:

R.D.G.R.N. de 25 de diciembre de 1862	tomada de = Roca Sastre, J. M ^a . y De Molina Juyol, J.: <i>Jurisprudencia Registral</i> , cit., (tomo I, p. p. 17-19).
R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1863	(tomo I, p. 115)
R.D.G.R.N. de 27 de agosto de 1863	(tomo I, p. p. 130-131)
R.D.G.R.N. de 13 de febrero de 1864	(tomo I, p. 184)
R.D.G.R.N. de 23 de septiembre de 1864	(tomo I, p. p. 234-235)
R.D.G.R.N. de 2 de junio de 1866	(tomo I, p. 287)
R.D.G.R.N. de 15 de junio de 1872	(tomo I, p. 449)
R.D.G.R.N. de 14 de enero de 1876	(tomo I, p. p. 602-605)
R.D.G.R.N. de 28 de febrero de 1878	(tomo I, p. p. 785-788)
R.D.G.R.N. de 27 de mayo de 1879	(tomo I, p. p. 947-950)
R.D.G.R.N. de 28 de mayo de 1879	(tomo I, p. p. 950-952)
R.D.G.R.N. de 10 de septiembre de 1881	(tomo I, p. p. 1253-1257)
R.D.G.R.N. de 17 de marzo de 1882	(tomo I, p. p. 1288-1291)
R.D.G.R.N. de 21 de diciembre de 1886	(tomo II, p. p. 321-323)
R.D.G.R.N. de 5 de marzo de 1888	(tomo II, p. p. 421-423)
R.D.G.R.N. de 2 de enero de 1889	(tomo II, p. p. 508-512)
R.D.G.R.N. de 8 de enero de 1889	(tomo II, p. p. 512-514)
R.D.G.R.N. de 28 de mayo de 1889	(tomo II, p. p. 545-549)
R.D.G.R.N. de 27 de julio de 1891	(tomo II, p. p. 676-679)
R.D.G.R.N. de 31 de mayo de 1893	(tomo II, p. p. 907-911)
R.D.G.R.N. de 4 de agosto de 1893	(tomo II, p. p. 941-942)
R.D.G.R.N. de 24 de octubre de 1893	(tomo II, p. p. 981-983)
R.D.G.R.N. de 3 de noviembre de 1896	(tomo III, p. p. 149-154)
R.D.G.R.N. de 18 de mayo de 1898	(tomo III, p. p. 369-372)
R.D.G.R.N. de 18 de junio de 1898	(tomo III, p. p. 388-391)
R.D.G.R.N. de 27 de enero de 1900	(tomo III, p. p. 599-603)
R.D.G.R.N. de 10 de abril de 1900	(tomo III, p. p. 626-629)
R.D.G.R.N. de 14 de julio de 1900	(tomo III, p. p. 658-662)
R.D.G.R.N. de 6 de julio de 1901	(tomo III, p. p. 823-827)

R.D.G.R.N. de 13 de julio de 1901	(tomo III, p. p. 833-835)
R.D.G.R.N. de 10 de septiembre de 1901	(tomo III, p. p. 839-841)
R.D.G.R.N. de 6 de mayo de 1902	(tomo III, p. p. 920-922)
R.D.G.R.N. de 24 de mayo de 1905	(tomo III, p. p. 1206-1209)
R.D.G.R.N. de 5 de septiembre de 1906	(tomo IV, p. p. 96-98)
R.D.G.R.N. de 10 de octubre de 1907	(tomo IV, p. p. 280-284)
R.D.G.R.N. de 22 de julio de 1910	(tomo IV, p. p. 678-681)
R.D.G.R.N. de 29 de octubre de 1912	(tomo IV, p. p. 867-869)
R.D.G.R.N. de 8 de abril de 1914	(tomo IV, p. p. 1040-1044)
R.D.G.R.N. de 15 de junio de 1915	(tomo IV, p. p. 1161-1163)
R.D.G.R.N. de 5 de noviembre de 1919	(tomo V, p. p. 345-352)
R.D.G.R.N. de 24 de noviembre de 1921	(tomo V, p. p. 596-603)
R.D.G.R.N. de 19 de julio de 1922	(tomo V, p. p. 710-716)
R.D.G.R.N. de 26 de mayo de 1925	(tomo VI, p. p. 54-59)
R.D.G.R.N. de 6 de octubre de 1925	(tomo VI, p. p. 123-126)
R.D.G.R.N. de 27 de mayo de 1926	(tomo VI, p. p. 274-281)
R.D.G.R.N. de 28 de abril de 1927	(tomo VI, p. p. 458-462)
R.D.G.R.N. de 23 de julio de 1927	(tomo VI, p. p. 528-532)
R.D.G.R.N. de 29 de septiembre de 1927	(tomo VI, p. p. 549-554)
R.D.G.R.N. de 29 de julio de 1931	(tomo VII, p. p. 202-208)
R.D.G.R.N. de 13 de diciembre de 1934	(tomo VII, p. p. 582-588)
R.D.G.R.N. de 31 de diciembre de 1934	(tomo VII, p. p. 595-598)
R.D.G.R.N. de 16 de noviembre de 1938	(tomo VII, p. p. 923-928)
R.D.G.R.N. de 7 de octubre de 1943	(tomo VIII, p. p. 374-380)
R.D.G.R.N. de 27 de marzo de 1947	(tomo VIII, p. p. 761-765)
R.D.G.R.N. de 20 de septiembre de 1966	(tomo IX, p. p. 199-204)
R.D.G.R.N. de 19 de septiembre de 1974	(tomo IX, p. p. 846-850)
R.D.G.R.N. de 30 de junio de 1987	(R.A., 4843)
R.D.G.R.N. de 5 de junio de 1991	(R.A., 4649)
R.D.G.R.N. de 18 de febrero de 1993	(R.A., 1412)
R.D.G.R.N. de 18 de octubre de 1994	(R.A., 7798)

.- BIBLIOGRAFÍA:

.- ABELLÁ, J.: *Código Civil vigente en la Península y Ultramar*, tercera edición, Madrid, 1890.

.- ALAS ARGÜELLES, L.: *Derecho Civil*, Obra ajustada al Programa de 14 de julio de 1927 para los Ejercicios Teóricos de las Oposiciones a Ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado, Editorial Reus, Madrid, 1929.

.- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo V, primera edición, Editorial Trivium, Madrid, septiembre de 1991.

.- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L.: *Legislación de Arrendamientos Urbanos. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, segunda edición, Editorial Trivium, Madrid, 30 de enero de 1996.

.- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La causa*, en R.D.P., abril de 1958, p. p. 315-328.

.- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El negocio jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

.- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él mismo,

.- tomo VIII, volumen segundo (arts. 618 a 656), Edersa, Madrid, 1986.

.- tomo XII, volumen primero (arts. 858 a 891), Edersa, Madrid, 1981.

.- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*,

.- tomo I, volumen segundo, decimocuarta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

.- tomo II, volumen primero, décima edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

.- tomo II, volumen segundo, décima edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

.- tomo III, volumen primero, octava edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1994.

.- tomo III, volumen segundo, octava edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1994.

.- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, en *Actualidad Civil*, núm. 36, 4-10 de octubre de 1993, p. p. 663 - 675.

.- ALPA, G.: *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione riveduta e ampliata, Utet, Torino, 1997.

.- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derechos Reales*, tomo II, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

.- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *La singularidad de los efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser*, en *R. G. D.*, año XI, núms. 130-131, julio-diciembre de 1955, p. p. 466 - 474.

.- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La retroactividad de la condición*, en *A. D. C.*, tomo XVII, Madrid, enero-marzo de 1964, p. p. 829 - 881.

.- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *Comentario del Código civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, tomo II, segunda edición, Madrid, 1993.

.- ALVER, J. L.: *Código Civil da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 3ª tiragem, F. Briguet & Cía. Editores-Livreiros, Rio de Janeiro, 1926.

.- AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente (Comentario a la Sentencia del T. S. de 12 de noviembre de 1963)*, en A. D. C., tomo XVIII, fasc. IV, octubre-diciembre de 1965, p. p. 955 - 988.

.- ANGLADA VILADERBÓ, J.: *La tercera instancia en Andorra, la prescripción en las ventas a carta de gracia*, en R. J. C., año LXIII- número 1, Barcelona, 1964, p. p. 157 - 166.

.- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones (S. T. S. de 3 de mayo de 1976)*, en A. D. C., tomo XXXI, fascículo II, Madrid, 1978, p. p. 441 - 451.

.- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1978.

.- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal*, en R. D. P., Madrid, 1980-I, p. p. 123 - 136.

.- ARIAS, J.: *Contratos Civiles. Teoría y práctica*, tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

.- ATARD, R.: *Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica*, en R. D. P., tomo XI, Madrid, enero-diciembre de 1924, p. p. 273 - 286.

.- AUBRY et RAU: *Droit Civil Français*, sixième édition refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par P. Esmein, Éditions Techniques, Paris, 1952.

.- AZPIAZU, J.: *El retracto y el Registro de la Propiedad*, en R. C. D. I., año XXX, núm. 309, febrero de 1954, p. p. 81 - 100.

.- BADENES GASSET, R.: *La preferencia adquisitiva en el Derecho Español (tanteo, retracto, opción)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

.- BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, tomo II, tercera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

.- BARBERO, D.: *Contestualità del riscatto convenzionale con la vendita*, en Temi (Rivista di Giurisprudenza italiana), anno XXV, nuova serie anno IV, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1949, p. p. 281 - 286.

.- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et SAIGNAT, L.: *Traité théorique et pratique du Droit Civil*, tome XIX, De la vente et de l'échange, troisième édition entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1908.

.- BAUR, F.: *Lehrbuch des Sachenrechts*, Dritte neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1966.

.- BELLO JANEIRO, D.: *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

.- BELLO JANEIRO, D.: *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998*, en C.C.J.C., núm. 48, septiembre-diciembre de 1998, p.p. 1097- 1108.

.- BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *En torno a la condición potestativa*, en R. D. P., tomo XLVII, enero-diciembre de 1963, p. p. 213 - 226.

.- BENETTINI, G.: *Compendio di Diritto Civile secondo il nuovo Codice con il testo integrale di esso*, volumen VI, Fratelli Bocca-Editori, Milano, 1943.

.- BERGAMÍN, F.: *Dictámenes*, tomo I, Madrid, 1954, compraventa con pacto de retro, p. p. 368 - 373.

.- BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II edizione a cura di G. Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

.- BIANCA, M.: *La vendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, sotto la direzione di F. Vassalli, volume settimo, tomo primo, segunda edizione, Utet, Torino, 1993.

.- BLASCO GASCÓ, F. de P.: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinado por A. M. López y López y V. L. Montés Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

.- BONET CORREA, J. y REINA OJEDA, I.: *Código Civil Concordado y con Jurisprudencia*, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

.- BONILINI, G.: *Istituzioni di Diritto Privato* a cura di M. Bessone, La vendita con patto di riscatto, terza edición, segunda ristampa inalterata, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, p. p. 786 - 788.

.- BONILLA ENCINA, J. F.: *Titularidades limitadas. Los derechos de tanteo y retracto convencionales y el de opción, como limitativos de una titularidad*, en R. C. D. I., núm. 477, Madrid, marzo-abril de 1970, p. p. 407 - 446.

.- BORRELL Y SOLER, A. M.: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, segunda edición traducida, corregida y complementada con legislación y jurisprudencia posterior por el autor,

- .- libro segundo, Derechos reales, Editorial Bosch, Barcelona, 1944.
- .- tomo tercero, Obligaciones, Editorial Bosch, Barcelona, 1944.

- .- BORRELL Y SOLER, A. M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil Español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1952.

- .- BRANCA, G.: *Istituzioni di diritto Privato*, sexta edizione, Zanichelli, Bologna, 1982.

- .- BROCÁ Y MONTAGUT, G. M^a. y AMELL LLOPIS, J.: *Instituciones de Derecho Civil Catalán*, tomo II, Barcelona, 1886.

- .- BRUNETTI, A.: *Del riscatto convenzionale nella compra-vendita*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1902.

- .- BURÓN GARCÍA, G.: *Derecho Civil Español según los principios, los Códigos y las Leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, tomo III, Imprenta Andrés Martín, Valladolid, 1900.

- .- BUSTOS VALDIVIA, C.: *Derecho Civil Patrimonial. Concepto y normativa básica*, V. V. A. A., Granada, 1995.

- .- CABANELLAS, G.: *Diccionario de Derecho Usual*, tomo III, décima edición, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, 1976.

- .- CAGNASSO, O.: *La permuta*, en Trattato di Diritto Privato diretto da P. Rescigno, volume 11, Obbligazioni e contratti, tomo terzo, ristampa della prima edizione, Utet, Torino, 1989, p. p. 381 - 388.

- .- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*,
 - .- volumen I, 3^a edición actualizada y aumentada, Editorial Aranzadi,

Pamplona, 1982.

.- volumen VI, 3ª edición actualizada y aumentada, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1983.

.- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Problemas de Derecho Privado y sus Dictámenes*, tercera edición actualizada y aumentada, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.

.- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Concordancias y notas a las Leyes Hipotecarias*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993.

.- CARPINO, B.: *La vendita con patto di riscatto*, en *Trattato di Diritto Privato diretto da P. Rescigno*, volume 11, *Obbligazioni e contratti*, tomo terzo, ristampa della prima edizione, Utet, Torino, 1989.

.- CARRASCO PERERA, A.: *Restitución de provechos (I)*, en A. D. C., tomo XL, fascículo IV, Madrid, octubre-diciembre de 1987, p. p. 1055 - 1148; y *Restitución de provechos (II)*, en A. D. C., tomo XLI, fascículo I, Madrid, enero-marzo de 1988, p. p. 5 - 151.

.- CASALS COLLDECARRERA, M.: *El pacto de retro y la carta de gracia*, Editorial Bosch, Barcelona, 1943.

.- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español común y foral*,

.- tomo II, volumen primero, 14ª edición revisada y puesta al día por G. García Cantero, Editorial Reus, Madrid, 1992.

.- tomo IV, 15ª edición revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, Editorial Reus, Madrid, 1993.

.- CHICO ORTIZ, J. Mª.: *Bienes privativos convertidos en gananciales*, en *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores (años 1966 - 1985)*, recopilados y ordenados por F. Rodríguez

López, tomo I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1987.

.- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

.- COCA PAYERAS, M.: *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Studia Albornotiana LIV, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988.

.- *CODE CIVIL ANNOTÉ* par Ed. Fuzier-Herman, nouvelle édition refondue et mise à jour sous la direction de L. Josserand, tome cinquième (Art. 1387 à 1707), Paris, 1940.

.- *CODICE CIVILE ITALIANO DE 1865*, diciassettesima edizione, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1940.

.- *CODICE CIVILE ITALIANO*, por G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter e G. Dallari, Libro delle obbligazioni, illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1942-XX.

.- *CÓDIGO DE JUSTINIANO*, en Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino por I. L. García del Corral, segunda parte, revisado el texto latino por E. Hermann, Código, tomo I, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1892.

.- COLIN, A. et CAPITANT, A.: *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la R. G. L. J.; con notas sobre el derecho civil español por D. De Buen, tomo IV, reimpresión de la tercera edición por F. Ortega Lorca, Editorial Reus, Madrid, 1981.

.- COLMET DE SANTERRE, E.: *Cours analytique de Code Civil* par A. M. Demante, continué depuis l' article 980 par E. Colmet de Santerre, tome septième (art. 1582 - 1831), E. Plon et Cie. Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1873.

.- COLOMER FERRÁNDIZ, C. y CARRASQUER CLARI, M^a. L.: *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1997.

.- CONSULTA A LA REDACCIÓN DE LA R. G. L. J.: *Retracto convencional. Retroventa. Promesa de retroventa*, año 77, tomo 152, Madrid, 1928, núm. 178, p. p. 505 - 523.

.- CORDÓN MORENO, F.: *Los presupuestos del juicio de retracto*, en A. C., Madrid, 1995-I, p. p. 5 - 18.

.- COTTINO, G.: *Del riporto, della permuta (artt. 1548 - 1555)*, en Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto - delle obbligazioni, ristampa della prima edizione, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1970.

.- CUTURI, T.: *Della vendita, della cessione e della permuta*, volume unico, seconda impressione, en Il Diritto Civile Italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza per cura di Pasquale Fiore, Eugenio Marghieri, Napoli, 1906.

.- DE ASSO Y DEL RÍO, I. J. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M.: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, edicion quinta, corregida notablemente y aumentada la parte histórica que comprehende la introduccion, Imprenta de Ramon Ruiz, Madrid, MDCCXCII, reedición facsímil por Editorial Lex Nova, Valladolid, 1975.

.- DE BUEN, D.: voz " retroventa. Derecho civil ", en E. J. E., tomo

XXVII, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. p. 565 - 570.

.- DE BUEN, D.: *Notas sobre el Derecho Civil Español a la traducción por la redacción de la R. G. L. J. de la segunda edición francesa del *Curso Elemental de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant, tomo cuarto, reimpresión de la tercera edición revisada por F. Ortega Lorca, Editorial Reus, Madrid, 1981.*

.- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la doctrina del doble efecto*, en R. D. N., año XV, núms. LIII-LIV, Madrid, julio-diciembre de 1966, p. p. 7 - 40.

.- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, reimpresión de la reedición facsímil de la original de 1971, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

.- DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, segunda edición, revisado y puesto al día por M. De Cossío y Martínez y J. León-Castro Alonso, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

.- DE CUPIS, A.: *Istituzioni di Diritto Privato*, terza edizione aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

.- DE DIEGO, F. C.: *De la naturaleza jurídica del retracto convencional: cuándo debe entenderse válidamente enajenado y procede inscribirla*, en R. D. P., tomo III, Madrid, 1916, p. p. 138 - 146.

.- DE DIEGO, F. C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, nueva edición revisada y puesta al día por A. De Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros, tomo II, Madrid, 1959.

.- DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941.

.- DE GISPERT PASTOR, M^a. T.: *Contrato de compraventa a carta de gracia (Comentario a la Sentencia del T. S. de 23 de marzo de 1972)*, en R. J. C., Barcelona, enero-marzo de 1973, p. p. 107 - 118.

.- DE LA BARRERA MONTENEGRO, J. M^a.: *Nociones de Derecho Civil, Mercantil y Penal distribuidas en lecciones*, Imprenta y Librería de Fernando Santarén, Valladolid, 1881.

.- DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: *El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado*, en R. C. D. I., núm. 644, Madrid, 1998, p. p. 57 - 115.

.- DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica*, en R. D. P., tomo LV, Madrid, enero-marzo de 1971, p. p. 803 - 821.

.- DE LUCA, A.: *Theatrum*, Venetiis, MDCCXXXIV.

.- DE OTTO Y CRESPO, N.: *Del retracto convencional. ¿ Cuánto tiempo dura el derecho a redimir lo enajenado bajo pacto de retrovención ?*, en R. G. L. J., tomo XXI (2), Madrid, 1862, p. p. 240 - 245.

.- DEGNI, F.: *La compraventa*, traducción y notas de Derecho Español de F. Bonet Ramón, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

.- DEKKERS, R.: *Précis de Droit Civil belge*, tome deuxième, Les obligations. Les preuves. Les contrats. Les sûretés, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1955.

.- DEL MORAL Y DE LUNA, A.: *Los derechos de adquisición y el problema de su rango*, en A. A. M. N., tomo VIII, Madrid, 1954, p. p. 327 - 372.

.- DEL VISO, S.: *Lecciones Elementales de Derecho Civil*, tomo III, De las obligaciones, quinta edición, Imprenta y Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1884.

.- DI BLASI, F. U.: *Commento al nuovo Codice Civile Italiano*, Il libro delle obbligazioni, parte speciale, seconda edizione, Società Editrice Libreria, Milano, 1950.

.- *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA*, Editorial Espasa Calpe, 21ª edición, Madrid, 1992.

.- DíEZ-PICAZO, L.: *El concepto de causa en el negocio jurídico*, en A.D.C., tomo XVI, fascículo I, enero-marzo de 1963, p. p. 3-32.

.- DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*,
.- volumen segundo, cuarta edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
.- volumen tercero, cuarta edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

.- DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*,
.- volumen II, séptima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
.- volumen III, sexta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

.- DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I/2, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

.- *EL DIGESTO DE JUSTINIANO*,

.- tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1 - 19, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

.- tomo III, Libros 37 - 50, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975.

.- DOMINGO DE MORATÓ, D. R.: *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, tomo segundo, segunda edición corregida y aumentada, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Valladolid, 1877.

.- DURÁN Y BAS, M.: *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Imprenta de la Casa de la Caridad, Barcelona, 1883.

.- DURÁN RIVACOBIA, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

.- DURANTON: *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*, quatrième édition considérablement augmentée, tome neuvième, Société belge de librairie Hauman et Cie., Bruxelles, 1841.

.- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO-AMERICANA, tomo L, voz "retracto" (generalidades y retracto convencional), Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1923, p. p. 1423 - 1426.

.- ENNECCERUS, L.: *Derecho de Obligaciones*, en Tratado de Derecho Civil por Enneccerus/Kipp/Wolff, decimoquinta edición revisada por H. Lehmann, traducción española con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer, tercera edición por J. Ferrandis Vilella, volumen segundo, primera parte, Editorial Bosch, Barcelona, 1966.

.- ENRIETTI, E.: *Il patto di riscatto a prezzo superiore a quello di vendita e l'art. 644 cod. pen.*, en Riv. Dir. Civ., anno XXVIII, 1936, p. p. 467 - 475.

.- ESCRICHE, J.: voz "pacto de retrovendendo", en *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, tercera edición corregida y

aumentada, Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja - Editores, Madrid, 1847, p. 670.

.- ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, volumen II, sexta edición adaptada a la Constitución y otras leyes, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

.- FALCÓN, M.: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los jurisconsultos*, tomo II, segunda edición, Salamanca, 1882.

.- FAUS CONDOMINES, J.: *Del contrato de empenyament en Cataluña o venta a carta de gracia*, en Centenario de la Ley del Notariado, sección cuarta, Fuentes y bibliografía, volumen VII, Barcelona, 1964, p. p. 113 - 199.

.- FEBRERO, LIBRERÍA DE ESCRIBANOS, parte primera, tomo 2, Madrid, 1797.

.- FELIÙ REY, M. I.: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

.- FELIÙ REY, M. I.: *El tanteo convencional*, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

.- FERNÁNDEZ ELÍAS, C.: *Novísimo Tratado histórico-filosófico del Derecho Civil Español*, segunda edición, tomo II, Librería de Leocadio López, Editor, Madrid, 1880.

.- FIGA FAURA, L.: *El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, en R. D. P., tomo XXXII, enero-diciembre de 1948, p. p. 880 - 888.

.- *FRAGMENTOS VATICANOS*: edición bilingüe con traducción de A. Castresana Herrero, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

.- FRANCOLINI, G.: *Commentario al Codice Civile* diretto da P. Cendon, volume quarto (artt. 1655 - 2059), Utet, Torino, 1991.

.- FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

.- GARCÍA AMIGO, M.: *Derechos reales de adquisición (notas para una teoría general)*, en R. D. P., tomo LX, Madrid, 1976, p. p. 99 - 131.

.- GARCÍA CANTERO, G.: *Concepto de frutos en el Código Civil Español*, en R. D. N., año III, núms. IX-X, Madrid, julio-diciembre de 1955, p. p. 61 - 240.

.- GARCÍA CANTERO, G.: *Los derechos de adquisición en Francia*, en R.D.N., año XIV - núm. XLVIII, Madrid, abril-junio de 1965, p.p. 55 - 140.

.- GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XIX (arts. 1445 a 1541), segunda edición, Edersa, Madrid, 1991.

.- GARCÍA CANTERO, G.: *¿ Eterno retorno de los derechos de adquisición preferentes ?*, en Revista Jurídica Sepin, núm. 137 - B, mayo de 1994, p. p. 3 - 16.

.- GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: *Contra la usura. Modificación del art. 1509 del Código Civil*, en R. G. L. J., año quincuagésimo tercero, tomo CVII, Madrid, 1905, p. p. 274 - 280.

.- GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J.: *Febrero, ó Librería de Jueces*,

Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación vigente, tomo IV, I. Boix, Editor, Madrid, 1842.

.- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, tomo III, Editorial Base, Barcelona, 1973.

.- GARCÍA MARTÍNEZ, F.: *Derecho Civil. Contestaciones al programa de oposiciones directas a Notaría*, tomo I, Editorial F. Domenech S. A., Valencia, 1942.

.- GARCÍA URBANO, J. M^a.: *Instituciones de Derecho Privado (Ciencias Políticas)*, con la colaboración de P. A. Lucena González y J. J. Pretel Serrano, primera edición, U. N. E. D., Madrid, 1990.

.- GARDAZÁBAL DEL RÍO, F. J.: voz " retracto convencional ", en *Diccionario Jurídico Espasa*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. p. 888 - 889.

.- GASCA. C. L.: *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, seconda edizione notevolmente accresciuta, volume secondo, Utet, Torino, 1915.

.- GASSIOT MAGRET, J.: *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 1962.

.- GAYOSO ARÍAS, R.: *Cuestiones sobre el contrato de compraventa* (1), en R. D. P., tomo XIV, núm. 164, Madrid, 1927, p. p. 145 - 159; y *Cuestiones sobre el contrato de compraventa* (2), en R. D. P., tomo XIV, núm. 165, Madrid, 1927, p. p. 193 - 210.

.- GAZZONI, F.: *Manuale di Diritto Privato*, prima ristampa, terza edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

.- GETE-ALONSO CALERA, M^a. del C.: *Comentario de la Sentencia de 7 de mayo de 1987*, en C.C.J.C., núm. 14, abril-agosto de 1987, p. p. 4621 - 4630.

.- GETE-ALONSO CALERA, M^a. del C.: *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1990*, en C.C.J.C., núm. 22, enero-marzo de 1990, p.p. 333 - 347.

.- GETE-ALONSO CALERA, M^a. del C. (coordinadora): *Cuadernos de Teoría y Práctica de Derecho Civil*, Derecho Civil III, La Ley, Madrid, 1991.

.- GETE-ALONSO CALERA, M^a. del C.: *Comentario de la Resolución de la D.G.R.N. de 5 de junio de 1991*, en C.C.J.C., núm. 27, septiembre-diciembre de 1991, p.p. 759 - 770.

.- GHESTIN, J. et DESCHÉ, B.: *Traité des Contrats* sous la direction de J. Ghestin, *La Vente*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris, 1990.

.- GIACOBBE, G.: *È legittimo corrispondere le somme di cui all'art. 1503 c. c. mediante assegno circolare ?* - nota a Cass. 21 giugno 1958 n. 2190, en *Giustizia Civile*, anno IX, 1959 - I, Milano, p. p. 165 - 173.

.- GIANNATTASIO, C.: *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, en *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale* diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo, volume XXIV, tomo primo, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1960.

.- GILLIÉRON, P. - R.: *Code Civil Suisse et Code des Obligations*

annotés, troisième édition mise à jour, Éditions Payot Lausanne, Lausanne, 1983.

.- GIORGIANNI, M.: *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, nuova ristampa inalterata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1968.

.- GÓMEZ CORRALIZA, B.: *Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad*, en La Ley, 88-4, Madrid, 1988, p. p. 800 - 817.

.- GÓMEZ CORRALIZA, B.: *La caducidad*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1990.

.- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, tomo segundo, décima edición, Librería de Sánchez, Madrid, 1872.

.- GÓMEZ LAPLAZA, C.: concordancias y notas a las *Leyes Hipotecarias*, con la colaboración de H. Díez García, Editorial Aranzadi, Pamplona, septiembre de 1998.

.- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *Retracto de origen voluntario*, en Homenaje al Profesor Juan Roca Juan, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, p. p. 321 - 343.

.- GOROSABEL, P.: *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes Cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación*, Imprenta de la viuda de la Lama, Tolosa, 1832.

.- GOTTARA, E.: *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Lo scoglimento unilaterale della vendita con patto di riscatto, Giuffrè

Editore, Milano, 1994, p. p. 165 - 205.

.- GRAMUNT Y SUBIELA, J.: *El Derecho Civil en el Principado de Andorra*, Imp. Llorens y Cabré, Tarragona, 1923.

.- GRECO, P. y COTTINO, G.: *Della vendita (artt. 1470-1570)*, en Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, seconda edizione, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981.

.- GUILLOUARD: *Traité de la vente & de l'échange (livre III, titres VI et VII du Code Civil)*, tome second (articles 1649 à 1707, et loi du 2 août 1884), A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, Paris, 1890.

.- GUTIÉRREZ, J. M.: *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez por el Licenciado José Marcos Gutiérrez*, B. Cano, Madrid, 1789.

.- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tratado de las Obligaciones, primera edición, tomo cuarto, Lex Nova, Madrid, 1869.

.- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Pacto de retro*, en R. G. L. J., Madrid, 1878, p. p. 609 - 615.

.- HAMEL, J.: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, par M. Planiol et G. Ripert, deuxième édition, tome X, Contrats Civils, première partie par J. Hamel (vente) et F. Givord et A. Tunc (louage), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.

.- HEDEMANN, J. W.: *Derechos reales*, volumen II, versión española y notas de J. L. Díez Pastor y M. González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

.- HERNÁNDEZ GIL, A.: *Pacto de retrovender o retracto convencional y compromiso de volver a vender: concepto y diferencias* (S. de 23 de mayo de 1944), en R. G. L. J., tomo IX, Madrid, 1944, p. p. 701 - 704.

.- HERNÁNDEZ GIL, A.: *La opción y la promesa bilateral de compraventa (Notas sobre la jurisprudencia)*, en Obras Completas, tomo III: Derecho de obligaciones, Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. p. 569 - 577.

.- HERNÁNDEZ GIL, A.: *El retracto convencional y el compromiso de volver a vender*, en Obras Completas, tomo IV: Derechos reales. Derecho de sucesiones, Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. p. 433 - 435.

.- IGLESIAS Y GARCÍA, D., MORELL Y TERRY, J., MOUTÓN Y OCAMPO, L.: *Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes á la Judicatura y Ministerio Fiscal. Contestación á las preguntas relativas á Derecho Civil*, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1909.

.- ISABAL, M.: voz " retracto convencional. Derecho foral ", en *E. J. E.*, tomo XXVII, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. p. 506 - 508.

.- JAÉN, V.: *Derecho Civil. Apuntes y notas de derecho filosófico, histórico y positivo, especialmente español común y foral*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

.- JOSSERAND: *Cours de Droit Positif Français*, II, Théorie générale des obligations, les principaux contrats du Droit Civil, les sûretés, deuxième édition, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933.

.- LACERDA BARATA, C.: *Da obrigação de preferência (Contributo para o estudo do artigo 416 do Código Civil)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990.

.- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*,

.- tomo II, Derecho de obligaciones, volumen segundo, por él mismo, F. de A. Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado Echeverría, F. Rivero Hernández y J. Rams Albesa, tercera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

.- tomo III, Derechos reales, volumen segundo, por él mismo, F. de A. Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado Echeverría, F. Rivero Hernández, J. Rams Albesa y V. Mendoza Oliván, segunda edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

.- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

.- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo tercero, cuarta edición, Editorial Trivium, Madrid, septiembre de 1996.

.- LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española, 4, Codificación Civil*, volumen II, Ministerio de Justicia, Com. Gral. de Codificación, Madrid, 1970.

.- LAURENT: *Principes de Droit Civil Français*, tome vingt-quatrième, troisième édition, Bruxelles (Bruylant-Christophe & Cie. Éditeurs) - Paris (Librairie A. Marescq, Ainé), 1878.

.- LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*, volumen III, segunda edición, Madrid, 1995.

.- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA, FUENTES Y EVOLUCIÓN,

.- tomo I, volumen I, Leyes de 1861 y 1869, Editorial Castalia, Madrid, 1989.

.- tomo II, volumen I, Leyes de 1909, Editorial Castalia, Madrid, 1989.

.- LEZÓN, M.: *Incongruencias y paradojas legales del retracto*, en R. D.

P., tomo III, Madrid, enero-diciembre de 1916, p. p. 102 - 106.

.- LEZÓN, M.: *Los préstamos usurarios y las ventas con pacto de retro*, en R. D. P., tomo VI, Madrid, 1919, p. p. 332 - 335.

.- LIMPENS, J.: *La vente en droit belge*, avec la collaboration de J. Heenen, J. Matthys, E. Gutt et J. Van Damme, Bruxelles (Établissements Emile Bruylant)-Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1960.

.- LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas glosadas por G. López*, tomo II, Madrid, 1789.

.- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, coordinado por M^a. R. Valpuesta Fernández, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

.- LOZANO ROMERAL, D. y DE FUENTES BARDAJÍ, J.: *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, primera edición, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, noviembre de 1994.

.- LUMINOSO, A.: *La vendita con riscatto (artt. 1500-1509)*, en II Codice Civile. Comentario, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1987.

.- LUMINOSO, A.: *La compravendita. Corso di Diritto Civile*, seconda edizione riveduta ed ampliata, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

.- LUZZATTO, R.: *La compravendita*, edizione postuma a cura del prof. G. Persico, Utet, Torino, 1961.

.- MACEDO, P.: traducción española de la sexta edición italiana de las *Instituciones de Derecho Privado* de G. Biondi, primera edición, Editorial Porrúa, México, 1978.

.- MALAURIE, P. et AYNÈS, L.: *Cours de Droit Civil*, Les contrats spéciaux, Éditions Cujas, Paris, 1986.

.- MALAVER, A. M.: *El juicio de retracto*, en Revista de Derecho Procesal, año II, primera parte, Buenos Aires, 1944.

.- MANRESA Y NAVARRO, J. M^a.: *Comentarios al Código Civil Español*,
. - tomo VI, volumen II, octava edición revisada y puesta al día por D. L. Martínez Calcerrada, Editorial Reus, Madrid, 1973.

. - tomo VIII, volumen I, sexta edición revisada por M. Moreno Mocholí, Editorial Reus, Madrid, 1967.

. - tomo X, volumen I, sexta edición revisada por D. J. M.^a Bloch, Editorial Reus, Madrid, 1969.

.- MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones del Derecho Civil de España*, segunda parte de la obra Historia de la Legislación, tomo IV, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1921.

.- MARÍN LÓPEZ, J. J.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

.- MARÍN PÉREZ, P.: *Derecho Civil*,
. - volumen II, Derecho de obligaciones y contratos, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

. - volumen III, Derechos reales y derecho registral, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

.- MAROI, F.: *Diritto di riscatto in caso di vendita congiuntiva*, en Riv. Dir. Civ., anno XXXIV, Milano, 1942, p. p. 52 - 54.

.- MARSAL GUILLAMET, J.: *Comentario de la S. T. S. de 13 de octubre*

de 1995, en C. C. J. C., núm. 40, enero/marzo de 1996, p. p. 255 - 264.

.- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente. Comentario a la S. T. S. de 3 de abril de 1981*, en A. D. C., tomo XXXVI, fasc. I, Madrid, 1983, p. p. 299 - 311.

.- MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*,

.- tomo VII, Tip. de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, Madrid, 1906.

.- tomo IX, Tip. de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, Madrid, 1908.

.- MELÓN INFANTE, C.: *Código Civil Alemán*, traducción - por él - directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.

.- MELÓN INFANTE, F.: *El contrato de permuta en el Código Civil*, en R. D. P., tomo XLV, Madrid, 1961, p. p. 707 - 719.

.- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J.: *El impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales*, Barcelona, 1996.

.- MESSINA, G.: voce " *diritti potestativi* ", en *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, tomo V, Utet, Torino, 1957, p. p. 737 - 744.

.- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: *El pacto de opción y el derecho que origina* (1, 2, y 3), en R. C. D. I., año XXVII, núms. 273, 274 y 275, febrero, marzo y abril de 1951, p. p. 73 - 94, 161 - 190 y 257 - 279, respectivamente.

.- MIRABELLI, G: *I singoli contratti (artt. 1470-1765 C. C.)*, en *Commentario del Codice Civile Utet*, terza edizione relaborata e aggiornata, Torino, 1991.

.- MONTÉS PENADÉS, V.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XV, volumen 1º (arts. 1088 a 1124), V.V. A.A., Edersa, Madrid, 1989.

.- MORENO ÁLVAREZ, F. - J.: *La acción de retracto convencional frente al arrendamiento concertado por el fiduciario*, en *Centenario del Código Civil (1889 - 1989)*, tomo II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. p. 1491 - 1511.

.- MOUTÓN Y OCAMPO, L.: *Diccionario de Derecho Civil Foral compilado y consuetudinario*, tomo III, Biblioteca Scaevola, Madrid, 1906.

.- NAJJAR, I.: *Le droit d'option: contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, en *Bibliothèque de Droit Privé*, sous la direction de H. Solus, tome LXXXV, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967.

.- NART, I.: *Ex arrendamientos*, en *A. D. C.*, tomo IV, Madrid, 1951-2, p. p. 891 - 984.

.- NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La compraventa civil. Antecedentes, comentario doctrinal, jurisprudencia y formularios*, Editorial Comares, Granada, 1993.

.- NETO, A. y MARTINS, H.A.: *Código Civil Anotado*, 7ª edição actualizada, Livraria Petrony, LDA, Lisboa, 1990.

.- *NOVÍSIMA RECOPILACIÓN*, en *Novissima Recopilación de las Leyes*

del Reino de Navarra, hechas en sus Cortes Generales desde el año 1512 hasta el de 1716 inclusive, volumen 3º, edición realizada conforme a la obra de D. Joaquín de Elizondo en 1735, Pamplona, 1964.

.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, volumen 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1989.

.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, primera edición, La Ley-Actualidad, S. A., Madrid, junio de 1996.

.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA ANDRADE, A.: *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, octubre de 1995.

.- ODDI, P.: *Codice Civile* a cura di P. Rescigno, seconda edizione, coordinatori: M. Buoncristiano, G. P. Cirillo, V. Cuffaro e F. Roselli, Del riscatto convenzionale (artt. 1500 - 1509), Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. p. 1680 - 1687.

.- ONDOVILLA Y DURÁN , A.: *Naturaleza del retracto convencional. La acción que en su virtud compete al vendedor, ¿ es real o personal ?*, en R. G. L. J., tomo XLVIII, Madrid, 1876, p. p. 263 - 288.

.- OSSORIO Y GALLARDO, A.: *El contrato de opción*, segunda edición, Madrid, 1935.

.- OYUELOS, R.: *Digesto. Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código Civil Español concordados con los Códigos americanos y portugués*, tomo VI (arts. 1315 a 1603), Cuerpo del Derecho Español, Madrid, 1930.

.- PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, quarta edizione riveduta e corredata di note, di dottrina e giurisprudenza per cura dell'Avv. G. Venzi e dell'Avv. T. Giorgi, volume V, parte speciale, Firenze, 1913.

.- PARÉS, S.: *Venta a carta de gracia en Cataluña*, en R. J. C., tomo XVI, Barcelona, 1910, p. p. 435 - 453, 563 - 567; y tomo XVII, Barcelona, 1911, p. p. 29 - 36.

.- PEDREIRA CASTRO, J. M.: *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, libro 4º (Continuación), tomo III, Madrid, sin fecha.

.- PELAYO HORE, S.: *Sobre la condición resolutoria*, en R.D.P., año XXXII, núm. 375, Madrid, junio de 1948, p. p. 517 - 529.

.- PELOSI, A. C.: voz " vendita con patto di riscatto ", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLVI (validità - zucchero), Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. p. 517 - 526.

.- PENA LÓPEZ, J. Mª.: *Concepto del derecho real*, Tórculo Edicions, La Coruña, 1998.

.- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Contratos Civiles*, quinta edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, México, 1998.

.- PIRES DE LIMA, F. A. y ANTUNES VARELA, J. de M.: *Código Civil anotado*, volume II, 3ª edição, Coimbra, 1986.

.- PLANAS Y CASALS, J. Mª.: *Derecho Civil Español común y foral según las explicaciones dadas en la Universidad de Barcelona*, publicadas y anotadas por el Dr. D. M. Rubió y Tudurí, tomo II, Librería Bosch, Barcelona, 1925.

.- PONS PÉREZ, A.: *La reversión de donaciones en el Código Civil*, en R. D. P., diciembre de 1957, p. p. 1181-1204.

.- POTHIER: *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle* par M. Bugnet, deuxième édition conforme à la première, tome troisième, Cosse et Marchal - Henri Plon, Paris, 1861.

.- POVEDA BERNAL, M. I.: *La legitimación subrogada del artículo 1.111 del Código Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

.- PUECH, M.: voz " vente. Nullité et résolution. Généralités ", mis à jour par R. Le Guidec, en *Notarial Répertoire Dr. Français*, fasc. Z-2, 5, 1989, p. p. 1 y 2.

.- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, volumen II, contratos en particular, segunda edición revisada y ampliada, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

.- PUIG BRUTAU, J.: *Diccionario de acciones en Derecho Civil Español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

.- PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil*, volumen II, tercera edición actualizada y revisada por C. J. Maluquer de Motes i Bernet, Editorial Bosch, 1997.

.- PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo IV, volumen II, segunda edición actualizada en legislación y jurisprudencia, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

.- PULEO, S.: *Riscatto convenzionale nella vendita, condizione potestativa e diritto potestativo*, en *Studi in onore di F. Messineo per il suo*

XXXV anno d'insegnamento, volume primo, Diritto Civile, Giuffrè, Milano, 1959.

.- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Edit. Librería Técnica Universitaria " Figuerola 2 ", Cáceres, 1997.

.- RASI, P.: *Il patto di riscatto nella compravendita*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1959.

.- RECOPIACIÓN PRIVADA DE NAVARRA: en Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona, 1971. Dicha Recopilación fue redactada por J. García-Granero Fernández, J. Aizpún Tuero, J. Santamaría Ansa, J. J. Nagore Yáñez, A. D'Ors Pérez-Peix, J. Arregui Gil y F. Salinas Quijada.

.- REVUELTA GARCÍA, J.: En *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, V. V. A. A.: además de él, F. Capilla Roncero, A. M. López y López y M. R. Valpuesta Fernández, tercera edición actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

.- RIAZA MATEO, N.: *Los retractos: errores dominantes acerca de la materia*, Editorial Reus (S. A.), Madrid, 1919.

.- RICCI, F.: *Derecho Civil teórico y práctico*, traducción por E. Ovejero, tomo XVI, La España Moderna, Madrid, sin fecha.

.- RIVAROLA, R.: *Instituciones del Derecho Civil Argentino. Exposición metódica*, segunda edición ajustada a las reformas introducidas por las leyes especiales, tomo segundo, Editorial Kapelusz & Cía., Buenos Aires, 1941.

.- ROCA SASTRE, R. M^a. y DE MOLINA JUYOL, J.: *Jurisprudencia Registral*:

.- tomo I (años 1862 a 1882), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.

- .- tomo II (años 1883 a 1895), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
 - .- tomo III (años 1896 a 1905), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
 - .- tomo IV (años 1906 a 1916), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
 - .- tomo V (años 1917 a 1924), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
 - .- tomo VI (años 1925 a 1929), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
 - .- tomo VII (años 1930 a 1939), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
 - .- tomo VIII (años 1940 a 1950), Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
- .- ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. R.: *Derecho Hipotecario*,
- .- octava edición, tomo III, Fundamentos de la publicidad registral, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
 - .- octava edición, tomo V, Dinámica registral, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
 - .- octava edición, tomo VII, Ley del suelo. Hipotecas, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
 - .- octava edición, tomo VIII, Hipotecas, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
 - .- octava edición, suplemento, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.
- .- ROCA i TRIAS, E.: *Compraventa a carta de gracia, usura y criterio ad valorem (Comentario a la S. T. S. de 7 de febrero de 1989)*, en Poder Judicial, número 15º, septiembre de 1989, p. p. 149 - 157.
- .- ROCA i TRIAS, E.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya (Introducció i part general. Obligacions i contractes. Drets reals)*, volum I, junto con Ll. Puig i Ferriol , 5ª edició, Tirant lo Blanch, València, 1998.
- .- RODRÍGUEZ NAVARRO, M.: *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, tomo III, Editorial Aguilar, Madrid, 1961.
- .- RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Comentario de la R. D. G. R. N. de 18 de octubre de 1994*, en C. C. J. C., núm. 37, enero-marzo de 1995, p. p.

323 - 330.

.- RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

.- ROJO AJURIA, L.: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinado por F. Pantaleón Prieto, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

.- ROVIRA JAÉN, F.: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

.- ROYO Y MURCIANO, J. M^a.: *Las cartas de gracia. Cómo son y cómo deben considerarse*, en R. G. L. J., tomo XVII, Madrid, 1860-II, p. p. 498 - 505.

.- RUBINO, D.: *La compravendita*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto dai professori A. Cicu e F. Messineo, volume XXIII, ristampa della seconda edizione riveduta e ampliata, Giuffrè, Milano, 1971.

.- RUBIO GARRIDO, T.: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, en *Studia Albornotiana* dirigidos por E. Verdura y Tuells, LVIII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.

.- RUBIO TORRANO, E.: *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1984*, en C. C. J. C., tomo VI, Madrid, 1984, p. p. 1943-1952.

.- RUBIO TORRANO, E.: *El pacto de retroventa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

.- RUBIO TORRANO, E.: *Comentario del Código Civil*, dirigido por C.

Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, tomo II, reedición, Madrid, marzo de 1992, p. p. 989 - 1006.

.- RUBIO TORRANO, E.: *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995*, en C. C. J. C., tomo XXXVIII, Madrid, abril/agosto de 1995, p. p. 795 - 802.

.- RUBIO TORRANO, E.: *La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro*, en R. J. N., Pamplona, julio-diciembre de 1986, núm. 2, p. p. 13 - 30.

.- RUIZ SERRAMALERA, R.: *Derecho Civil*,

.- Derecho de Obligaciones II, Universidad Complutense - Facultad de Derecho - Servicio de Publicaciones, Madrid, 1982.

.- Derechos Reales II, parte 2ª, Universidad Complutense - Facultad de Derecho - Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989.

.- RUIZ VADILLO, E.: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho Civil*, con la colaboración de E. Zuloaga Arteaga y prólogo de A. Hernández Gil, 16ª edición, Editorial Ochoa, Logroño, 1988-1989.

.- SABATER BAYLE, I.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1986.

.- SÁENZ-HERMÚA Y ESPINOSA, P.: *Diccionario práctico-teórico de las disposiciones del Código Civil y de las doctrinas jurídicas que han quedado vigentes*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1890.

.- SALA, J.: *Ilustración del Derecho Real de España*, tomo I, tercera edición, corregida y arreglada las citas de leyes a la Novísima Recopilación, Imprenta Real, Madrid, 1832.

.- SALDAÑA, J.: *La opción y el Registro de la Propiedad*, en R. C. D. I., núm. 46, Madrid, 1928 - IV, p. p. 737 - 752.

.- SALINAS QUIJADA, F.: *Derecho Civil de Navarra*, tomo IV, volumen segundo, Editorial Gómez, Pamplona, 1974.

.- SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, segunda edición, Madrid, 1993.

.- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J.: *El derecho de tanteo y retracto en la ley española de arrendamientos rústicos de 1980. Referencia al Derecho de <<prelazione>> y <<retratto>> en Italia*, Universidad de La Rioja - Servicio de Publicaciones, Logroño, 1998.

.- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J.: *El Derecho Civil Español (en forma de Código)*, Imprenta de D. J. L. Vizcaíno - Imprenta de D. Manuel Minuesa, Madrid, 1871.

.- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil é historia general de la legislación española*, tomo cuarto, segunda edición corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico <<Sucesores de Rivadeneyra>>, Madrid, 1899.

.- SANTAMARÍA CRISTÓBAL, J.: *Comentarios al Código Civil. Texto vigente, comentarios, concordancias y referencias, recensión de la doctrina de los autores, recensión y tablas cronológicas de jurisprudencia, claves sinópticas, bibliografía e índices*, tomo II (art. 1088 a disposiciones transitorias y apéndice foral de Aragón), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid,

1958.

.- SANTAMARÍA, V.: *Algo sobre los contratos de venta a retro*, en R. G. L. J., tomo CXIII, Madrid, 1908, p. p. 68 - 76.

.- SANTOS BRIZ, J.: *Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española*, en R. D. P., tomo LV, Madrid, 1971, p. p. 337 - 377.

.- SANTOS BRIZ, J.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo IV, bajo la dirección de J. L. Albácar López, primera edición, Editorial Trivium, Madrid, septiembre de 1991.

.- SANTOS BRIZ, J.: *Código Civil (Comentarios y Jurisprudencia)*, Editorial Comares, Granada, 1991.

.- SAPENA TOMÁS, J.: *Actualidad de la fiducia cum creditore. (Problemas de la carta de gracia)*, en R. D. N., números XVII-XVIII, Madrid, julio-diciembre de 1957, p. p. 125 - 212.

.- SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos Europeos y Americanos*,

.- tomo XIX, segunda edición revisada por P. Marín Pérez, Editorial Reus, Madrid, 1957.

.- tomo XXIII, volumen segundo, segunda edición revisada por F. Bonet Ramón, Editorial Reus, Madrid, 1970.

.- tomo XXIV, primera parte, edición revisada y puesta al día por L. Rodríguez-Arias Bustamante, Editorial Reus, Madrid, 1952.

.- SERRANO, E.: voz " retracto convencional. Derecho civil común ", en

E. J. E., tomo XXVII, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. p. 496 - 506.

- SERRANO ALONSO, E.: *Notas sobre el derecho de opción*, en R.D.P., diciembre de 1979, p.p. 1131 - 1149.

- SERRANO ALONSO, E.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, dirigidos por X. O'Callaghan, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.

- STASSANO, G.: *Codice della compravendita immobiliare e mobiliare*, quarta edizione, Pirola Editore, Milano, 1988.

- TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: voz " opción ", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVIII, Editorial Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1986, p. p. 447 - 465.

- TALMA CHARLES, J.: *El contrato de opción*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

- *TEXTOS Y COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL* con exposición de motivos, precedentes en nuestra legislación, comparación crítica con los principales Códigos de Europa y América, aplicación al derecho internacional, procedimientos que deben emplearse, acciones que proceden, notas críticas y explicativas, etc., por la Redacción de la Revista de Derecho Internacional, con un resumen crítico por D. M. Pedregal y Cañedo, tomo II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889.

- TORRES LANA, J. A.: *Contrato y derecho de opción*, segunda edición, Editorial Trivium, Madrid, septiembre de 1987.

- TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto Privato*, undicesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1996.

.- TROPLONG: *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, De la vente ou commentaire du titre VI du livre III du Code Civil, quatrième édition entièrement conforme aux trois premières, tome second, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, Paris, 1845.

.- TUERO BERTRAND, F.: *Diccionario de Derecho Consuetudinario e Instituciones y Usos Tradicionales de Asturias*, primera edición, Ediciones Trea S. L., Gijón, noviembre de 1997.

.- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, tercera edición corregida y aumentada, Talleres Tipográficos <<Cuesta>>, Valladolid, 1926.

.- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.

.- VERDIER, J. - M.: *Les droits eventuels: contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Rousseau, Paris, 1955.

.- VILLAR Y ROMERO, J. M^a: *Derecho Civil. Obra adaptada al Programa de Abogados del Estado de 15 de julio de 1941*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.

.- VIÑAS MEY, J.: *Derecho Civil Español (del C. C. y exceptuado)*, tomo II, Instituto Reus, Madrid, 1926.

.- VON THUR, A.: *Tratado de las obligaciones*, tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces, primera edición, Editorial Reus, Madrid, 1934.

.- WEILL-BECQUÉ, G.: voz " vente. Vente a réméré ", en *Notarial*

Répertoire Dr. Français, Paris, 8, 1983, p. p. 1 - 24.

.- YSAS SOLANES, M^a.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXX, Edersa, Madrid, 1987.

.- YSAS SOLANES, M^a.: *El derecho de opción*, en A. D. C., tomo XLII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1989, p. p. 1225 - 1267.

.- ZACCARIA, A. (PAVARIN, G. fu il curatore del commento originario): *Commentario Breve al Codice Civile*, diretto da G. Cian e A. Trabucchi, quarta edizione, Cedam, Padova, 1992.

.- ZACHARIAE, C. S.: *Cours de Droit Civil Français*, traduit de l'allemand par C. Aubry et C. Rau, tome deuxième, F. Lagier, Libraire-Éditeur, Strasbourg, 1839.

.- ZATTI, P. - COLUSSI, V.: *Lineamenti di Diritto Privato*, terza edizione, Cedam, Padova, 1991.

